Bürgschaft und Pfandrecht bei der naturalis obligatio des römischen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

ACAD. LUDG. BAT. KIEL

juristischen Fakultät

der Königl. Württ. Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Erich vom Bruch,

Referendar beim Kgl. Amtsgericht in Lennep.

Genehmigt am 23. Mai 1908

auf Antrag des

Referenten Professor Dr. Geib.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Teil, Allgemeines.

§ 1 Naturalis obligatio und Bürgschaft. Seite

a) im allgemeinen 6

b) insbesondere: Hat der Bürge eine Einrede aus der Klaglosigkeit der Hauptschuld? 12

c) Gestaltung der beneficia. Einzelnes 21

§ 2 Naturalis obligatio und Pfandrecht.

a) die Verpfändung für eine natl. obl. gewährt ein vollwirksames Pfandrecht 24

b) Schicksal des Pfandrechts bei Abschwächung der Hauptschuld zur nat. obl. und bei Erlöschen der Hauptschuld infolge von confusio 27

II. Teil, die einzelnen Fälle.

Die Sicherungsverbindlichkeiten

A. bei Obligationen, die von vornherein als klaglose nat. obl. entstehen.

§ 3 nat obl. des servus 32

§ 4 nat. obl. zwischen Personen, die derselben patria potestas unterstehen 48

§ 5 nat. obl. des Pupillen, der sine tutoris anctoritate kontrahiert 55

§ 6 nat. obl. contra Sen. Cons. Macedonianum 61

B. bei Obligationen, denen durch gewisse Vorgänge die ursprüngliche Klagbarkeit genommen ist.

§ 7 nat. obl. nach eingetretener capitis diminutio minima . . 74

§ 8 nat. obl. post litiscontestationem 76

§ 9 nat. obl. post litem tempore amissam 81

§ 10 nat. obl. des verus debitor absolutus 84

§ 11 nat. obl. infolge Anwendung des Edikts ‚Quod quisque juris‘ 93

I. Teil, Allgemeines.

§ 1.

Naturalis obligatio und Bürgschaft.

In der Regel ist der Gläubiger imstande, die ihm geschuldete Leistung vom Schuldner zu erzwingen; die Rechtsordnung gibt ihm dazu weitgehende Zwangsmittel an die Hand. Allein trotz dieser Unterstützung wird der Gläubiger immer dann unbefriedigt bleiben, wenn die zwangsweise Vollstreckung an dem faktischen Unvermögen des Schuldners zu irgend einer Vermögensleistung scheitert. Die hier drohende Gefahr zu beseitigen oder wenigstens bis zu einem gewissen Grade zu verringern, ist der eigentlichste Zweck der Sicherungsgeschäfte, Bürgschaft und Pfandrecht; die Bürgschaft verschafft dem Gläubiger einen zweiten Schuldner, und das Pfandrecht gewährt sogar ein unmittelbares Recht an einem Vermögensgegenstande. Nun gibt es aber im römischen Recht auch Schuldverhältnisse, in denen die Rechtsordnung dem Gläubiger keinerlei Zwangsmittel auf Befriedigung seines Interesses gegen den Schuldner gestattet. Hier war also die Befriedigung des Gläubigers nicht erst dann gefährdet, wenn der Schuldner faktisch unvermögend zur Leistung war, sondern allemal schon dann, wenn er die in sein freies Belieben gestellte Leistung nicht vollziehen wollte. Somit müssen die Sicherungen für klaglose Obligationen von besonderem Interesse sein und eine doppelte Funktion ausüben: einstehen für das Leistenkönnen und das Leistenwollen des Schuldners.

a) Es ist sofort klar, daß die beiden ältesten Formen der Verbürgung, sponsio und fidepromissio, für die Sicherung klagloser Verbindlichkeiten nicht in Betracht kommen können. Dagegen ist die fidejussio gleich zur Zeit ihrer Entstehung[1]) gegen Ende der Republik mit bewußter Weitherzigkeit auf alle Arten von Obligationen und damit auch auf obligationes naturales ausgedehnt worden.

L. 16 § 3 und 4 D. 46,1: Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

Text und Auslegung dieser Stelle sowie ihre Bedeutung für die nat. obl. einerseits und die fidejussio andererseits sind viel umstritten worden. Zunächst hat man an Stelle des eorum in dem Satze si actio . . . competit ein earum (sich beziehend auf das vorausgegangene naturales obligationes) setzen zu müssen geglaubt[2]) und von diesem verschlechterten Wortlaut ausgehend die verschiedensten Interpretationen versucht. Mit Stillschweigen können diejenigen Erklärungen übergangen werden, die als Voraussetzung einen Begriff von obligatio insbesondere von nat. obl. haben, den wir heutzutage als unrichtig erkannt und verworfen haben.[3]) von Savigny übersetzt die l. cit. folgender-

[1]) Labeo ihr Schöpfer? Vergleiche Levy, Sponsio Fidepromissio, Fidejussio Seite 123.

[2]) Gegen die völlig ungerechtfertigte Einschiebung eines non vor competit vergl. schon Weber, Natürl. Verbindlichkeit § 51 Anm. 2, ferner Schwanert, Naturalobligationen Seite 83 Anm. 1.

[3]) So vor allem diejenige von Weber (a. a. O. § 51 Anm. 3), der die l. cit. auf ein nat. obl. des Pupillen in quantum locupletior factus est bezieht; ferner diejenige von Christiansen (naturalis obligatio und

maßen:[1]) „Als naturales (d. h. dem jus gentium entspringende) obligationes sind nicht nur diejenigen anzusehen, welche Klagen erzeugen (so die Mehrzahl derselben z. B. Kauf, Miete, Darlehn), sondern auch die, welche nur die Rückforderung einer (irrig geleisteten) Zahlung ausschließen, denn auch die Schuldner (in den Obligationen dieser zweiten Art) können als debitores und zwar als naturales debitores angesehen und bezeichnet werden, wenngleich nicht eigentlich sondern nur mißbräuchlich." Daß von zwei verschiedenen Arten von Obligationen und nicht von verschiedenen Wirkungen einer und derselben Art von Obligationen die Rede sei, soll der Wechsel im Ausdruck (von si und cum) beweisen.[2]) Wäre die Behauptung richtig, so müßten die Römer unter nat. obl. einmal die klaglosen, weiter die nach jus gentium klagbaren Obligationen und außerdem noch beide zusammen verstanden haben. Allein davon verlautet in den Quellen nichts; nicht einmal die ex jure gentium stammenden Obligationen werden allgemein obl. naturales genannt. Was sollte ferner Ulpian veranlaßt haben, besonders hervorzuheben, daß auch die dem jus gentium entsprungenen Verbindlichkeiten durch fidejussio gesichert werden könnten.[3]) Bereits Holtius[4]) erkannte, daß Julian (Ulpian) nur von der eigentlichen, der

cond. indebiti Seite 84), der sich übrigens selbst nicht ganz klar zu sein scheint. Entweder sage die l. cit. „eine oblig. im natürlichen Sinne ist nicht bloß daran zu erkennen, daß das Gesetz eine Klage auf Erfüllung gibt (also doch in allen diesen Fällen enthalten?), sondern auch an andern juristischen Wirkungen", oder sie verstehe unter nat. obl. die wenigen so bezeichneten klagbaren Obligationen.

[1]) von Savigny, Obligationsrecht, Seite 40 ff. Wie von Sav. zuletzt von der Pfordten, Diss. de Obligationis civilis in naturalem transitu p. 5 f.: Duplicem igitur significationem habet obl. nat., generalem quoad originem, et specialem seu propriam quoad vim et potestatem.

[2]) Vergl. aber l. 10 D. 44,7: si — si.

[3]) Gegen von Savigny ausführlich Schwanert a. a. O. Seite 90 ff.

[4]) Holtius, nat. obl. Seite 35 Note 1.

klaglosen nat. obl. rede und sagen wolle, man müsse „unter n. obl. nicht bloß die verstehen, aus welchen wohl noch eine actio gegeben wird, actio aliqua, z. B. de peculio, die einigermaßen klagbare; auch die nicht klagbaren, uneigentlichen mit geringerer Wirkung heißen auch so." Sonst sei es schwer zu entdecken, welche anderen klagbaren obl. nat. der Jurist wohl gemeint haben könne. Holtius kommt damit dem richtigen Resultate sehr nahe, wenngleich er von falschen Voraussetzungen ausgeht. Hatte man einmal erkannt, daß die Stelle nur von der eigentlichen nat. obl. zu verstehen sei, so erfuhr jetzt der Satz si actio aliqua earum nomine competit die verschiedensten Auslegungen. Unterholzner[1]) erklärte, es entspringe aus dem natürlichen Schuldverhältnisse allemal eine Klage — allerdings nur in Folge einer abgesonderten Verbindlichmachung — wenn Bürgschaft, Pfandrecht, Konstitutum oder Novation hinzutrete; man könne demnach zwar nicht sagen: „naturalis obligatio parit actionem", aber doch „actio ejus nomine competit". Dieser Ansicht schloß sich von Vangerow[2]) an, während Schwanert[3]) sie mit Erfolg bekämpfte, indem er vor allem darauf hinwies, daß von der actio hypothecaria, fidejussoria, de pecunia constituta und ex stipulato niemals gesagt werden könne: naturalis obligationis nomine competit. Nach Schwanerts eigener Erklärung der l. cit will Julian den Grundsatz, daß omni obligationi fidejussor accedere potest, sowohl einer zivilen als auch einer naturalen, einer klagbaren und einer klaglosen, in seiner weitesten Ausdehnung festlegen. „Die Möglichkeit einer fidejussio für eine nat. obl. solle nicht von dem zufälligen (si) Umstande abhängen, daß vielleicht eine actio ejus nomine competit, sondern sei schon da anzunehmen, wo (cum) soluta pecunia repeti non potest, denn schon aus

[1]) Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. I S. 12 f.
[2]) von Vangerow, Pandekten Bd. III Seite 5.
[3]) a. a. O. Seite 91 f.

diesem Grunde müsse bei einer nat. obl. wenn auch uneigentlich ein debitor und ein debitum angenommen werden." [1]) Unter der actio aliqua, die ejus nomine competit, könne nur die adjektizische a. de peculio und de in rem verso gemeint sein. Auch hier war damit der richtige Sinn mehr herausgefühlt als herausgelesen worden. Brinz trat im wesentlichen dieser Auffassung bei, scheint aber das nomine ejus competit wieder in einem weiteren Sinne zu nehmen, da er auch die akzessorischen Klagen hierherrechnet. [2]) Windscheids Interpretation bedeutet dagegen einen Rückschritt; an Stelle einer wohlbegründeten, juristisch interessanten Aeußerung läßt er Julian eine wahre Trivialität sagen: „Wenn bestimmt werden soll, ob eine naturalis obligatio vorhanden sei oder nicht, so darf man sich nicht darauf beschränken, zuzusehen, ob eine actio, sondern man muß auch darauf sehen, ob soluti retentio stattfindet". [3]) Die Aenderung des Textes eorum in earum nomine ist aber vollständig willkürlich und wohl nur vorgenommen, weil man mit eorum nicht fertig werden konnte. Daß aber dieser letztere Wortlaut der allein richtige ist, hat neuerdings Gradenwitz überzeugend nachgewiesen. [4]) Und zwar bezog sich dies eorum auf ein servi, das bei Julian in dem Satze Nam licet . . . statt naturales debitores gestanden haben muß. [5]) Jetzt bietet die Uebertragung keine Schwierigkeit mehr; sie würde etwa lauten: Bürgschaft ist immer möglich, wenn nur als Grundlage irgend eine zivile oder naturale Obligation vorhanden ist. Natural-Obligationen werden nicht nur darnach gewertet, ob etwa eine actio „servorum nomine" zusteht, sondern

---

[1]) a. a. O. Seite 84.

[2]) Brinz, Pandekten Bd. II Seite 51 Anm. 10.

[3]) Windscheid, Pand. § 288 Note 11 Seite 182.

[4]) Gradenwitz, Natur und Sklave in Königsb. Festgabe für Schirmer, Seite 139 ff.

[5]) Gradenwitz a. a. O. Seite 145 ff.

schon danach, daß das Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann. Denn wenn man auch die Sklaven streng genommen nicht als Schuldner ansehen kann, so muß man sie doch im uneigentlichen[1]) Sinne als solche bezeichnen und zugeben, daß die, welche von ihnen eine Zahlung erhielten, eine Schuld bezahlt bekamen. Die l. 16 cit. sagt also dasselbe, was bereits die Justitutionen ausführten: § 1 J. III, 20: In omnibus autem obligationibus (fidejussores) adsumi possunt. . . . Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adiciatur fidejussor, adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur . . . nur will Julian in bewußtem Gegensatz zu älteren Juristen noch einmal ausdrücklich hervorheben, daß die Natural-Obligation eines servus nicht nur für den Fall, daß eine actio ejus nomine gegen den Herrn gegeben sei, rechtlich relevant sei, sondern daß sie für den Sklaven allemal ein solvierbares debitum bilde.[2]) Erst durch die verallgemeinernde Kompilation Justinians wurde der Ausdruck der l. 16 cit. unverständlich. In demselben 53. Buch seiner Digesten, in dem die behandelte lex stand, kommt Julian noch einmal auf das Verhältnis von fidejussio und nat. obl. zu sprechen.

l. 7 D. 44, 1. Quod enim solutum repeti non potest conveniens est huius naturalis obligationis fidejussorem accipi posse.

Als Grundlage einer fidejussio wurde immer eine obligatio, irgend eine obligatio, verlangt; es entstand nun die Frage, wie es zu halten sei, wenn ein debitum sich lediglich in der Irrevokabilität der solutio manifestiere. Julian sagt, es sei

---

[1]) Im eigentlichen Sinne ist debitor: is, a quo invito exigi pecunia potest: l. 108 D. 50, 16.

[2]) Klingmüller, Natürl. Verbindlichkeiten Seite 19. Schwanert (a. a. O. Seite 57) trägt wohl in die Stelle zu viel hinein, einen Sinn, den Julian weit eher mit dem Ausspruch der l. 7 D. 44, 1 verbunden haben mag.

‚conveniens‘ fidejussio zuzulassen, da immer schon dann eine nat. obl. vorhanden sei. Diese Konvenienz ist in der Tat mit wenigen Ausnahmen[1]) geltendes Recht geworden. Schließlich erwähnt noch Ulpian

> l. 6 § 2 D 46, 1 Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio.

daß fidejussio auch für eine zukünftige nat. obl. möglich sei, wenngleich auch dieser Satz nicht ohne Ausnahme gilt.[2])

Alle angeführten Stellen sind sich darüber einig, daß fidejussio für ein naturale debitum regelmäßig zulässig ist. Und doch sind hiergegen Bedenken geäußert worden, die sich allerdings weniger gegen die Zulässigkeit, als gegen die volle klageerzeugende Wirkung einer solchen Verbürgung richteten. Man hat behauptet, die Akzessorietät der fidejussio bedinge die Ungiltigkeit der fid. in duriorem causam, und die causa des ziviliter verpflichteten Bürgen sei gegenüber der des Naturalhauptschuldners durior. Allein diese Erwägung ist unrichtig; denn abgesehen davon, daß das akzessorische Verhältnis der Bürgschaftsobligation zur Hauptschuld wohl kaum zur Aufstellung des Satzes von der durior causa geführt hat,[3]) ist hier gar keine durior causa vorhanden. Durior causa ist gegeben, wenn der fidejussor nicht idem (quantitate, tempore, loco, causa[4]), sondern mehr als idem wie der Hauptschuldner leisten soll; die Frage ob er es als Zivil- oder Naturalschuldner leisten soll, ist gleichgültig. Mit der Akzessorietät der obl. fid. steht nicht in Widerspruch, daß die Wirkungen der akzessorischen Verbindlichkeit stärker sind als die der prinzipalen; und die Identität des materiellen Schuldinhalts ist gewahrt. Die Klagbarkeit der Haftung des

---

[1]) Vergl. unten Seite 78 u. 93.
[2]) Vergl. unten Seite 78.
[3]) Girtanner, Bürgschaft Seite 31 § 11.
[4]) Brinz a. a. O. § 255 Anm. 10 Seite 183.

fidejussor für ein nat debitum führt auch nicht zu einer Beeinträchtigung der die Klaglosigkeit der Hauptschuld erfordernden Rechtsdogmen. Wenn zwischen zwei derselben Hausgewalt angehörigen Personen eine actio nicht stattfinden soll, so kann dies auch nicht durch fidejussio für den schuldnerischen Hausangehörigen möglich werden. Oder wenn der Pupill aus seinen Verpflichtungsgeschäften nicht belangt werden soll, so macht ihn auch eine fid. für seine Verbindlichkeiten nicht - - weder direkt, noch indirekt, vermittels der Regreßklage des Bürgen, — belangbar. Und wenn nach dem formellen Untergang der actio nach der litis tempore amissio der materielle Schuldinhalt nur bei naturalem Bestand bleiben soll, so steht damit nicht im Widerspruch, daß der fidejussor auch wenn er regreßberechtigt ist, klagbar verhaftet bleibt. Denn nur der Zwang gegen den Hauptschuldner aus der Hauptobligation ist aus formellen Gründen unmöglich geworden, nicht aber der gegen den Bürgen und der gegen den Hauptschuldner aus dem mandatum. Nur in einem Falle würde die unbedingte Klagbarkeit der fid. den Zweck, den die Klagelosigkeit der Hauptschuld im Auge hat, vereiteln können: beim Sen. Cons. Macedonianum; und hier ist daher ausnahmsweise für gewisse Fälle die exceptio der Hauptschuld auf die obl. fid. ausgedehnt worden. Dagegen kann nicht verkannt werden, daß die Zulässigkeit einer klagbaren fid. für ein nat. debitum eine faktische Umgehung einzelner Rechtsprinzipien und ihrer Folgen möglich macht; dies ist aber dann immer durch Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs oder durch Forderungen der Billigkeit hinreichend motiviert und läßt sich durchaus nicht allgemein als Argument gegen die Klagbarkeit einer derartigen fid. benutzen.

b) Mit weit mehr Schein hat man sich, um die Klagelosigkeit der fid. für eine nat. obl. darzutun, darauf berufen, daß dem fidejussor die Einreden des Hauptschuldners zustünden, daß er sich mithin immer auf die Klagelosigkeit der Hauptschuld

berufen können müsse, um auch seine Verpflichtung zu einer klaglosen zu gestalten.

Nun finden sich in den Quellen Aussprüche, die dem fid. bald allgemein sämtliche Einreden des Hauptschuldners zukommen lassen wollen,[1]) bald einzelne Gruppen derselben[2]) ausschließen. Nimmt man diese allgemeinen Regelsätze nicht allzusehr beim Wort, sondern beachtet die Einzelentscheidungen, so ergiebt sich, daß eine Reihe von Exzeptionen dem fidejussor immer zustehen, während eine andere Gruppe ihm niemals gegeben wird. Ferner wird für unsere Frage das Regreßverhältnis bald für relevant,[3]) bald für irrelevant[4]) erklärt oder überhaupt gar nicht erwähnt;[5]) jedenfalls kommt ihm auch nicht die Bedeutung zu, die einzelne Schriftsteller dafür in Anspruch nehmen.[6]) Die Entwicklung wird folgende gewesen sein: Im Prinzip haftete der fidejussor solange noch die Hauptschuld ipso jure bestand, gleichgültig welche exceptio ihr entgegenstand und ob sie von dieser zur nat. obl. geschwächt oder gänzlich periniert worden war.[7]) Er hatte durchaus kein festes Anrecht auf die Einreden aus der Person des Hauptschuldners. Zwar wird der Prätor ihm einzelne Einreden niemals haben verweigern können, weil sie, wenngleich in der Person des Hauptschuldners begründet, dennoch dem fidejussor

---

[1]) l. 32 D. 46, 1 (besonderes Gewicht ist auf ‚potest' zu legen: Girtanner a. a. O. Seite 41); l. 19 D. 44, 1 („daß in der Tat solche Exzeptionen regelmäßig dem fidejussor schließlich ‚competunt', also nach Zivilrecht zukommen!" Geib, Bürgschaft Seite 105); § 4 J. IV, 14 (= „leere Phraseologie": Mitteis, Ungiltigkeit in Iherings Jahrb. Bd. 28, Seite 151, Anm. 1); l. 27 § 1, § 2 D. 2, 14.

[2]) l. 7 pr., § 1 D. 44, 1.

[3]) l. 32 D. 2, 14; l. 9 § 3 D. 14, 6.

[4]) l. 16 § 1 D. 16, 1; l. 5 D. 34, 3 vergl. Mitteis a. a. O. Seite 148 ff.

[5]) l. 7 D. 44, 1; l. 32 D. 46, 1; l. 19 D. 44, 1.

[6]) Vor allem Girtanner.

[7]) Geib a. a. O. Seite 106.

nach Konstruktion und Zweck der fidejussio als eigene zukommen mußten wie z. B. die exceptio rei judicatae vel in judiciam deductae.[1] Erst nach und nach wurden unter Anregung der Jurisprudenz einige Einreden des Hauptschuldners auf den Bürgen erstreckt. Hierbei ging man anfänglich von der praktischen Erwägung aus, der Bürge sei zu schützen, damit der Hauptschuldner nicht indirekt um die Früchte seines Exzepitionsrechtes betrogen werde, wenn der Bürge sich vermittels des Regresses bei ihm erholte. Natürlich mußte man den Schutz dann auf den Fall beschränken, wo dem Bürgen ein Regreßanspruch zustand[2], und ihn verweigern, sobald er sich donandi animo d. h. unter Verzicht auf einen Rückgriff auf den Hauptschuldner verpflichtet hatte. Gewähren oder Versagen wurde also im einzelnen Falle von der Annahme mehr oder weniger intensiver Verbürgung abhängig gemacht.[3] Der Regreßanspruch, den die Römer immer erwähnen — die praktische Wirkung an Stelle der juristischen Ursache — gilt als ‚Symptom' für eine weniger intensiv gedachte Bürgschaft, die nur die für den Schuldner vollwirksame Verbindlichkeit sichern will.[4] Es ist möglich, daß von einzelnen römischen Juristen der Versuch gemacht worden ist, an Stelle dieser kasuistischen Praxis ein allgemeines juristisches Prinzip zu statuieren und daß diesem Bestreben die Klassifizierung der Einreden in rei cohaerentes und personae cohaerentes sowie einzelne Entscheidungen z. B. l 16 § 1 D 16, 1 ihre Entstehung verdanken. Peremptorische Exzeptionsmäßigkeit der Hauptobligation sollte als ‚effektive Nichtigkeit' dem fidejussor stets zu statten kommen, gleichgiltig ob er einen Regreß habe oder nicht.[5]

[1] Ueber die Aenderung im Justinianschen Recht unten Seite 77. Vergl. ferner l. 43 D. 46, 3.

[2] Anders: Bekker, Proz. Konsumtion, Seite 199 ff.; von Vangerow a. a. O. Bd. III § 578 Anm. 2; Mitteis a. a. O. Seite 140 ff.

[3] l. 2 D. 34, 3; l. 5 eod.; l. 49 pr. D. 46, 1.

[4] Geib a. a. O. Seite 109, 123 ff.

[5] Brinz, Pand. Bd. II § 255 Seite 185.

Jedenfalls ist dieser Versuch aber nicht zur herrschenden Regel ausgewachsen.[1] Nun sind aber nicht etwa alle Einreden auf den regreßberechtigten fidejussor erstreckt worden, sondern nur die rei cohaerentes, während ihm die personae cohaerentes ausdrücklich versagt wurden. Beides ist nur cum grano salis richtig: In der Regel sind alle auf den fidejussor erstreckten Einreden rei cohaerentes[2], mit Ausnahme z. B. der exceptio compensationis (l 4, 5 D 16, 2), und in der Regel kann der fidejussor exc. personae cohaerentes nicht geltend machen, wohl aber einzelne[3] mit besonderer ‚Ermächtigung' des Hauptschuldners.[4] Der Hauptunterschied zwischen den beiden Gruppen ist, daß die exc. rei cohaerentes dem fid. auch gegen den Willen des Hauptschuldners — etiam invito reo — zustehen. Schließlich gibt es noch eine Klasse von Einreden z. B. exceptio doli, quod metus causa, die dem Bürgen immer nützen und eine andere z. B. beneficium competentiae, der cessio bonorum, die praescriptio praejudicii, die dem fid. niemals nützen, selbst dann nicht, wenn er einen Regreß hätte. Auch hier haben die Römer keine allgemeinen Regelsätze aufgestellt, sondern nach teleologischen Gesichtspunkten entschieden.[5] Ob die Exzeptionsmäßigkeit der Hauptschuld erst nach dem Zutritt des fid. eintrat oder schon vorher bestand, ist in der Regel gleichgültig. Nur

[1] l. 21 § 5 D. 2, 14; l. 32 D. eod. von Paulus und § 4 Inst. IV 14.

[2] „ . . . was ist rei cohaerens exceptio? Die Formel sagt es nicht und unsere Literatur ebensowenig. Beinahe kommt man auf den Verdacht, daß ein idem per idem vorliege: rei cohaerens exceptio ist wiederum diejenige, die dem Bürgen zusteht." Mitteis a. a. O. Seite 142.

[3] Z. B. die exceptio pacti (de non petendo in personam); die Einrede der Rechibition, der laesio enormis u. s. w.

[4] Mitteis a. a. O. Seite 142 ff.; Geib a. a O. Seite 113 ff.

[5] Im einzelnen werden die Gründe verschieden aufgefaßt: Windscheid a. a. O. § 477 Nr. 7 Seite 1084; Brinz a. a. O. § 255 Note 34; Mitteis a. a. O. Seite 158; Geib Seite 133 ff.

wird im Zweifel derjenige, der wissentlich und unaufgefordert für eine exzeptionsmäßige Schuld Bürgschaft leistet, dies donandi animo tun. Indessen scheint fidejussio für eine peremptorisch exceptionsmäßige Schuld, wo keine nat. obl. übrig bleibt, nicht mehr möglich gewesen zu sein. So wird dem Bürgen, der sich für die Interzessionsverbindlichkeit einer Frau einzustehen verpflichtet hat, unter allen Umständen die Einrede des S. C. Vell. gegeben (l. 16 § 1 D. 16, 1). Man kann nicht umhin, hierin eine Durchbrechung des Prinzips, wonach die Ausdehnung der dem Hauptschuldner erworbenen Einreden auf den Bürgen von praktischen Gesichtspunkten abhängig wurde, zu konstatieren. M. E. will Julian in l. 16 § 1 cit. sagen: Für die Frage, ob dem Bürgen die Einrede des S. C. Vell. zukomme, ist es ganz gleichgültig, ob er einen Regreßanspruch gegen die Interzedentin hat oder nicht; es geht nicht an beim S. C. Vell. zu verfahren wie beim S. C. Mac., die Einrede nur dem regreßberechtigten Bürgen bewilligen (wie Gaius Cassius es wollte); der Bürge muß hier unter allen Umständen die Einrede haben, quia totam obligationem Senatus improbat, weil die Obligation von vornherein eine peremptorische ist.[1]) Es kommt also auf das Regreßverhältnis deshalb nichts an, weil schon die Inanität der obl. principalis dem Bürgen die Einrede verschafft. Eine weitere Bestätigung dieser Ansicht liefert die l. 37 D. 46, 1.[2]) Ein

[1]) Die Erklärung von Mandry (Familiengüterrecht Bd. I Seite 478 f.) der Satz quia . . . improbat wolle besagen, „daß das Senatuskonsult das ganze durch die Interzession begründete Rechtsverhältnis, also auch die sich anschließenden Bürgschaften beseitigt wissen wolle", liest aus der Stelle sicher zu viel heraus. Der Satz quia . . . improbat kann sich doch nur auf die Interzessionsverbindlichkeit der Frau selbst beziehen.

[2]) Vergl. Brinz, Pand. § 255 Seite 184; Brinz Kr. Blätter Nr. 3 Seite 14 Anm. 15; Schwanert Seite 457; Lotmar, Krit. Bjschr. für G. u. R. Bd. 26 Seite 242 und die dort zitierten Schriftsteller. Anders: von Savigny System Bd. V. Seite 398; Windscheid a. a. O. § 477 Note 10; besonders Geib Seite 90 ff.

Bürge, der erst nach der Verjährung der Hauptschuld interzediert, ist nicht verpflichtet, quoniam erroris fidejussio nulla est. Die Verjährung hat die Hauptschuld perimiert; die fidejussio ist — gleichgültig ob in Kenntnis oder in Unkenntnis der geschehenen Verjährung eingegangen — eine erroris fidejussio. Die in Wirklichkeit untergegangene Schuld bestand nur in der irrigen Vorstellung der Parteien; und darum kann auch der fidejussor, selbst wenn er sich in Kenntnis der Inanität verpflichtete, nicht verhaftet sein. Es ist also zu unterscheiden: Hatte sich der Bürge für eine vollwirksame Schuld verpflichtet und war diese hinterher durch eine peremptorische Einrede abgeschwächt worden, so hatte diese Umgestaltung nur unter den regelmäßigen Voraussetzungen Einfluß auf die Haftung des fidejussor. War aber die Schuld schon vor Eingang der obl. fid. peremptorisch exzeptionsmäßig, so wurde dem Bürgen die Einrede voraussetzungslos gewährt. Es fragt sich nun, ob der fidejussor an einer exceptio des Hauptschuldners teilhaben kann, welche die Hauptschuld als nat. obl. bestehen läßt. Regelmäßig kann sich der fid., der sich für eine vollwirksame Obligation verbürgt hat, unter keinen Umständen auf eine exceptio berufen, wenn diese exceptio für den Hauptschuldner eine nat. obl. übrig ließ; dies gilt selbst dann, wenn der Bürge regreßberechtigt ist. Diese Ansicht ist die herrschende[1]) und geht unmittelbar aus den Quellen hervor. Denn nirgendwo in den Quellen ist ein Fall erwähnt, in dem unter diesen Umständen dem fidejussor, sei es auch nur dem regreßberechtigten, eine Einrede gegeben worden wäre, wohl aber das Gegenteil, daß der fidejussor ‚tenetur'. Von den Gegnern stützt Hasenbalg seine abweichende Meinung auf

---

[1]) Vergl. Girtanner a. a. O. Seite 41 ff.; Windscheid a. a. O. § 447 Seite 1086; Schwanert Seite 198 ff.; von Bangerow, Pand. § 578 Anm. 2; Brinz, Pand. § 255 Seite 187; Mitteis a. a. O. Seite 148. Anders: Hasenbalg Seite 345; Mandry I. Seite 479; Geib a. a. O. Seite 120 ff.

„innere Gründe", nach denen jedes den Hauptschuldner schützende Ereignis auch dem fidejussor zustatten kommen müsse. Selbst wenn derartige „innere Gründe" für eine Uebertragung vorhanden wären, so wird es doch schwer fallen zu beweisen, daß die Römer nach ihnen entschieden hätten. Schwerlich hat gerade der Satz prinzipielle Geltung gehabt, daß alle den Hauptschuldner schützende Ereignisse auch dem Bürgen zukämen. Mandry und Geib finden eine Bestätigung ihrer Ansicht in l. 9 § 3 D. 14,6, wo die Einrede aus dem S. C. Maced. — von den Römern als rei cohaerens betrachtet — dem regreßberechtigten Bürgen gewährt, wenngleich sie die Hauptschuld als nat. obl. bestehen läßt. Allein die l. cit. ist für die hier angeschnittene Frage überall bedeutungslos,[1]) denn hier handelt es sich um Bürgschaft für eine Schuld, der bereits zur Zeit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung eine exceptio perpetua entgegenstand. Denn wenn auch die Darlehnsschuld contra S. C. M., solange nicht exzipiert worden ist, eine obligatio civilis ist, so steht ihr doch von Geburt an eine exceptio gegenüber;[2]) sie ist also eine exzeptionsmäßig geborene obligatio, dem Effekt nach eine nat. obl. Die mit der Ansicht der Gegner schlecht harmonierende

> l. 60 D. 46,1: Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit . . . .[3])

wird von Hasenbalg, Mandry und Geib einheitlich dahin interpretiert, daß mit ‚teneri' nur die ipso jure fortdauernde Haftung gemeint sei. „Damit sei aber über die Frage, ob der

[1]) So schon Hasenbalg Seite 351 Anm. 12.

[2]) Vergl. unten Seite 61 ff.

[3]) Gradenwitz a. a. O. Seite 169 legt auf die Stelle kein Gewicht, weil die Kompilatoren uns die Quaestio des Responsum vorenthalten haben. Nur die Quaestio könnte allerdings Aufschluß über den Umfang des „Ubicumque" geben. Daß der Satz nicht ausnahmslos gilt, ist sicher; vergl. unten Seite 91.

fidejussor im Falle der Abschwächung der Hauptschuld zur naturalis obligatio vom Gläubiger zur Zahlung angehalten werden könne oder ob er die Einreden des Hauptschuldners vorschützen könne, lediglich nichts gesagt." [1]) So gewiß teneri in den Quellen regelmäßig actione teneri heißt, so gewiß kann es auch die Bedeutung haben ipso jure haften. Die l. 60 cit. könnte daher ausgelegt werden, wie die Gegner wollen, wenn nicht der Schlußsatz sehr entschieden gegen ihre Auffassung spräche: Dum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum. Wird eine obligatio derart aufgehoben, daß keine obl. nat. übrig bleibt, ‚genere novationis', so soll der fidejussor aut jure aut exceptione frei werden. Wenn nun im Gegensatz hierzu gesagt wird, so oft aber eine nat. obl. übrig bleibt, tenetur fidejussor, so kann damit doch nur gemeint sein, er sei weder ipso jure noch ope exceptionis frei geworden, er hafte unverändert, cum effectu fort. Hat sich also der fidejussor für eine zivile Obligation verbürgt und ist diese hinterher zur naturalen abgeschwächt worden, so hat das auf seine Haftung nicht den geringsten Einfluß.

War die obligatio principalis bereits zur Zeit der Eingehung der obl. fidejussoria eine naturale, so kann sich auch hier der Bürge niemals auf die Klaglosigkeit der Hauptschuld berufen; selbst dann nicht, wenn er einen Regreß hat. [2]) Trotz der Häufigkeit der Fälle, in denen die fidejussio in Verbindung mit einer nat. obl. in den Quellen erwähnt wird, ist doch niemals — abgesehen vom S. C. Macedonianum — von einer Einrede des fidejussor aus der Klaglosigkeit der obl. principalis die Rede. Die Einrede des Bürgen würde

[1]) Geib a. a. O. Seite 122. Vergl. auch von Savigny, System V Seite 399, der dem fid. aber nur die Einrede der Klageverjährung einräumen will.

[2]) So die herrschende Ansicht; insbesondere Schwanert Seite 83, 198 ff.

auch die besonderen Zwecke, welche die fid. bei einer nat. obl. fördern soll, zum größten Teile unmöglich machen. Die Bürgschaft für eine klaglose Hauptschuld hat — am deutlichsten zeigt sich das bei der nat. obl. des Pupillen — nicht nur ein Mittel gegen die mögliche faktische Unsicherheit des Schuldners geben sollen, sondern auch eine rechtliche Handhabe, einen klagbar durchführbaren Anspruch auf den Betrag des nat. debitum; was der Schuldner rechtlich nicht übernehmen konnte, sollte der Bürge übernehmen. Wollte man dem beauftragten Bürgen die Einrede aus der Klaglosigkeit geben und ihn zwingen, sie bei Verlust seines Regreßrechtes geltend zu machen [1]), so würde diese besondere Aufgabe der Bürgschaft für eine nat. obl. regelmäßig unlösbar werden; mit derartiger Bürgschaft wäre dem Gläubiger wenig geholfen.

Allerdings scheint mit unsrer Ansicht die l. 9 § 3 D. 14,6 in Widerspruch zu stehen. Dort heißt es, die Einrede aus dem S. C. Mac., die eine nat. obl. übrig läßt, stehe auch dem Bürgen zu, wenn er einen Regreß gegen den schuldnerischen Hausſohn hätte. Und in der Tat ist es diese Stelle, die den Gegnern Veranlassung gegeben hat, das für die Einreden des Bürgen im allgemeinen geltende Prinzip hier für den Fall der Klaglosigkeit der Hauptobligation bestätigt zu finden, und daher seine Ausdehnung auf alle andern Fälle der nat. obl. anzunehmen. [2]) Allein in der l. cit. wird nicht ein Beispiel für die Regel — für eine Regel, die sonst nirgendwo bestätigt wäre gegeben, sondern gerade eine Ausnahme aufgestellt. Und diese Ausnahme ist nicht nur durch den besonderen Zweck des S. C. Mac. gerechtfertigt, sondern mußte sogar notwendigerweise gemacht werden, wenn dieser Zweck überhaupt erreicht werden sollte. Hätte man dem regreßberechtigten Bürgen die Einrede nicht gegeben, so würde die Regreßklage das Hauskind trotz des

[1]) Hasenbalg Seite 315; Geib Seite 125.
[2]) Mandry, Fam. Bd. I, Seite 479.

Verbotes des Gelddarlehns und der Klaglosigkeit der eigenen Verpflichtung in die Zwangslage bringen, die gerade unmöglich gemacht werden soll. Bedenkt man ferner, daß es der Gläubiger ist, der den größten Vorteil von der klagbaren Haftung des fidejussor zieht und wie wenig das S. C. Mac. (in odium creditoris introductum) dem Gläubiger hold ist, so erscheint diese Ausnahme recht erklärlich.[1]) In allen andern Fällen kann sich der Bürge niemals exzeptionsweise auf die Klagelosigkeit der obl. principalis berufen. Von diesem Standpunkte aus erübrigt es sich auch auf die Frage einzugehen ob der exzeptionsberechtigte Bürge naturaliter verpflichtet sei, wenn auch die Hauptschuld als nat. obl. weiter bestehe. Beim S. C. Mac. ist dies durch Ausschluß der condictio indebiti bei irrtümlicher Zahlung bejaht.[2])

c) Vollständig bedeutungslos ist es nun aber keineswegs, ob die obl. princ. eine klagbare oder klaglose Verbindlichkeit ist; von Interesse ist das vielmehr für die Behandlung der dem Bürgen im späteren Recht zustehenden beneficia. Im älteren römischen Recht hatte der Gläubiger das Recht, nach seiner Wahl das debitum entweder von seinem ursprünglichen Schuldner oder vom fidejussor einzutreiben; der fid. haftete also neben dem Schuldner nicht nach dem Schuldner, wenngleich auch vertragsmäßig (durch diesbezügliches pactum) die Subsidiarität der Verpflichtung des fid. festgesetzt werden konnte. Durch Erlaß der Nov. 4 trat hierin eine einschneidende Aenderung ein: Von jetzt an haftete der fid. prinzipiell nur subsidiär, soweit der Gläubiger vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen konnte oder diese Befriedigung vom letzteren nur ungleich schwieriger zu erlangen war als vom Bürgen. Der fid. konnte durch exceptio ordinis die Abweisung der gegen ihn erhobenen

[1]) Vergl. im einzelnen unten Seite 63 ff.

[2]) l. 9 § 4 D. 14,6. Geib (a. a. O. Seite 121 f.) will diese Bestimmung für alle Fälle der nat. obl. gelten lassen.

actio fidejussoria erlangen und fordern [1]), daß der Gläubiger erst den Hauptschuldner ausklage. Es versteht sich von selbst, daß der Bürge diese Anforderung nicht an einen Gläubiger stellen kann, dem gar keine actio gegen seinen Schuldner zusteht, daß also ein Bürge für eine nat. obligatio das beneficium excussionis niemals geltend machen kann, in sonderheit niemals durch dasselbe von seiner Verpflichtung exzeptionsweise befreit werden kann. Die Klage gegen den fidejussor ist hier nicht subsidiär, weil keine primäre Klage vorhanden ist; sie soll gerade den Mangel des prinzipalen Anspruchs heilen und kann darum, wenn sie diesem Zweck gerecht werden soll, von diesem Mangel nicht selbst wieder inhibiert werden.

Der den Gläubiger befriedigende regreßberechtigte [2]) Bürge hat das Recht, die Abtretung des diesem gegen den Hauptschuldner zustehenden Anspruchs zu verlangen (benef. cedendarum actionum). Von einigen Schriftstellern wird nun behauptet, daß der Gläubiger nur verpflichtet und imstande sei, eine ihm zustehende Klage abzutreten, dagegen nicht einen lediglich naturalen Anspruch. [3]) Oder daß ein naturaler Anspruch zwar abgetreten werden könne und müsse, aber nach der Abtretung vom Zessionar nicht zur Kompensation benutzt werden dürfe. [4]) Allein so unzweifelhaft wie eine Zession einer natürlichen Verbindlichkeit überhaupt möglich ist, hat auch der Bürge das Recht, ihre Uebertragung vom naturalis creditor [5]) zu verlangen. [6]) Es kann keine Rede davon sein, daß mandatum ad

[1]) Natürlich nicht klageweise „verlangen", vergl. Geib a. a. O. Seite 34.

[2]) Windscheid, Pand. § 481, Note 7 Seite 1105.

[3]) Schwanert Seite 261; Schmid, Zession Bd. I Seite 54 ff.

[4]) Vergl. den Aufsatz von d'Avis in Ztschr. für Zivilr. u. Prozeß, Neue F. Bd. 10 Seite 114; von Vangerow, Pand. § 574 Anm. 2.

[5]) Dieser Ausdruck kommt in den Quellen niemals vor!

[6]) Mühlenbruch, Zession Seite 252; Hasenbalg Seite 401 ff; Windscheid Bd. II § 335 Seite 391; Dernburg, Pand. Bd. II § 50 Seite 140.

agendum in rem suam und Zession identisch seien und daß darum eine Abtretung eines klaglosen Anspruchs nicht möglich sei. Das mandatum ist nur ein Teil — allerdings regelmäßig der wichtigste Teil — der Abtretung. Auch dem ist nicht zuzustimmen, daß der abgetretene naturale Anspruch nicht zur Kompensation benutzt werden könne. Soweit die nat. obl. überhaupt zur Kompensation gebraucht werden darf[1]), kann für den nat. debitor keine Unbilligkeit darin liegen, daß statt des A der B aufrechnet. Daß durch die Zession die Möglichkeit der Kompensation erst herbeigeführt wird, ist juristisch bedeutungslos; denn wenn einmal die Aufrechnung eines naturalen gegen ein ziviles debitum zugelassen und in ihr keine Unbilligkeit erblickt wird, so muß es auch gleichgültig sein, ob die Kompensationsmöglichkeit erst in der Person eines dritten geschaffen wird.

Für die Aufhebungsgründe der nat. obl. und ihren Einfluß auf die oblig. fidejussoria ist nichts von den allgemeinen Regeln Abweichendes anzuführen. Auch hier gilt der Satz, daß alle Umstände, welche eine Tilgung der Hauptobligation herbeiführen, ebenfalls den fid. ipso jure frei werden lassen.[2]) Denn mit dem Wegfall der Hauptschuld ist, auch wenn dieser nicht durch Erfüllung eingetreten ist, immer die rechtliche Voraussetzung für die Haftung des Bürgen entfallen. Ist die Hauptobligation garnicht, auch nicht als Naturalobligation, zustande gekommen, so ist selbstverständlich die fid. nichtig:

> l. 1 § 2 D. 45,1. Si quis ita interroget ‚dabis'? responderit ‚quid ni'?, et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur,

---

[1]) Dernburg, Kompensation Seite 469 ff.

[2]) l. 95 § 4 D. 46,3. Ueber den Einfluß der confusio auf die obl. fid. unten Seite 43 ff.

qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fidejussorem quidem.[1])

Bürgschaftseffekte konnten auch durch mandatum qualificatum und — namentlich im späteren Recht — durch constitutum debiti alieni erreicht werden, indem der Interzedent dasjenige konstituiert, was der Gläubiger vom Schuldner zu fordern haben werde.[2]) Zur Begründung eines Konstituts genügte ebenfalls eine nat. obl.[3]) Soweit nicht die besondere Form und Struktur dieser Geschäfte eine Abweichung verlangten, kamen auch für sie die allgemeinen Grundsätze des Bürgschaftsrechtes zur Anwendung. Für ihr Verhältnis zur nat. obl. werden ihre Abweichungen gelegentlich erwähnt werden.

§ 2.

Naturalis obligatio und Pfandrecht.

a) Ebenso wie die Bürgschaft ist auch das Pfandrecht ein akzessorisches Recht; es hat für seine Entstehung die Existenz einer Forderung zur Voraussetzung. Es fragt sich nun, ob auch hier eine natürliche Verbindlichkeit eine hinreichende Grundlage

[1]) ‚Nec naturaliter obligatur,: eine nat. obl. ex nudo pacto ist in den Quellen nicht belegt; die Bestimmungen der l. 5 § 2 D. 46,3; l. 11 § 3 D. 13,7 und l. 1 § 2 D. 13,7 besagen nur, daß die auf Grund eines nudum pactum gezahlten Zinsen nicht zurückgefordert werden können und daß die Befriedigung aus einem bestellten Pfande möglich sei. Vergleiche Holtius a. a. O. Seite 7 ff.; Meyerfeld, Schenkungen Seite 344 ff.; Schwanert Seite 123 ff.; Windscheid, Pand. § 289 Note 1; Brinz, Krit. Bl. Nr. 3 Seite 16; Klingmüller a. a. O. Seite 59 ff; Anders: Büchel, Zivilrechtl. Erört. II., Bd. 1 Seite 65 f.; von Savigny, Obl. Seite 53 ff.; Hellmann, Sav. Ztschr., Bd. XII Seite 325 ff.

[2]) Bruns, das const. debiti, Ztschr. für Rechtsgeschichte, Bd I Seite 100.

[3]) l. 1 § 7 D. 13,5.

bietet, mit andern Worten, ob für eine bestehende Naturalobligation ein gültiges, vollwirksames Pfandrecht bestellt werden könne. Die Frage ist ganz zweifellos zu bejahen.

l. 5 pr. D. 20,1 Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive . . . . et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali . . . . .

Und dennoch ist von einigen Schriftstellern[1]) das Gegenteil versichert worden. Man hat behauptet, derselbe Rechtsgrund, welcher der Hauptobligation die Klage versage, verlange auch die Klaglosigkeit des Pfandrechts, wenn nicht der beabsichtigte Erfolg ausbleiben sollte. Jegliche Wirkung konnte und wollte man einer derartigen Verpfändung aber nicht absprechen, vielmehr sollte sie — wie die obl. principalis keinen klagbaren Anspruch, wohl aber eine verteidigungsweise geltend zu machende exceptio — zwar keine actio hypothecaria, wohl aber dem besitzenden Pfandgläubiger ein Retentionsrecht gewähren. Diese Ansicht stützt sich im wesentlichen auf dieselben Gründe, aus denen hinaus die Klagelosigkeit der fidejussio für eine nat. obl. angenommen worden ist und ist daher zum größten Teil schon oben widerlegt worden. In den Quellen hat man einen Beleg für sie in folgenden Stellen zu finden geglaubt: l. 9 pr. D. 14,6; l. 2 D. 20,3 in Verbindung mit l. 9 § 3 D. 14,6 und l. 4 und 22 C. 4,32. Gegen den dritten Besitzer sei schon deshalb eine actio undenkbar, weil die l. 19 D. 20,4 diesem das Recht gäbe, bei Befriedigung des Gläubigers durch ihn die Abtretung der ‚Klage' gegen den Hauptschuldner zu verlangen, eine solche ‚Klage' jedoch garnicht vorhanden sei. Der Schluß, den Weber[2]) vermittels des argumentum e contrario aus der Bestimmung der l. 9 pr. D. 14,6 ziehen will, ist schon deshalb unzulässig, weil eine Verpfändung für eine Schuld contra S. C. Mac. von

[1]) Vergleiche die Zusammenstellung der Literatur bei Büchel a. a. O. Seite 144 Note 2.

[2]) Weber a. a. O. § 107 Seite 467.

seiten des Haussohnes selbst regelmäßig infolge dessen Vermögenslosigkeit garnicht wirksam ausgehen kann; hieran ändert selbst der Besitz eines peculium (prof.) nichts.[1] Ebensowenig beweisen die l. 4 und 22 C. 4,32 für unsere Frage, da nach der herrschenden und richtigen Ansicht ex nudo pacto überhaupt keine nat. obl. resultiert. Und selbst wenn das nudum pactum eine nat. obl. erzeugte, so würden die zitierten Stellen nicht unumgänglich notwendig zu dem Schluß zwingen, daß sich in dieser Retensionsbefugnis die Rechte des Pfandgläubigers vollständig erschöpften.[2] Hinsichtlich der l. 9 § 3 D. 14,6, deren Inhalt durch die l. 2 D. 20,3 auf das Pfandrecht ausgedehnt ist, gilt dasselbe, was bereits für die Bürgschaft ausgeführt worden ist; es handelt sich, wie erwähnt, hier um eine Singularität, die im Zwecke des S. C. Mac. eine genügende Begründung findet. Das Pfandrecht für eine nat. obl. gewährt nach der richtigen Ansicht regelmäßig eben so sicher eine actio wie die Bürgschaft. Dabei ist es gleichgültig, ob die Pfandbestellung von einem dritten ausgeht oder von dem Naturalschuldner selbst, soweit dieser letztere überhaupt zu einer gültigen Pfandbestellung rechtlich imstande ist. Daß dieses Pfandrecht die gleichen Befugnisse gewährt wie dasjenige für ein debitum civile, ist ausdrücklich bezeugt:

> l. 101 § 1 D. 46,3. Paulus respondit aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis: nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate ejus esse commemorare, in quam causam solveret: cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse.

[1] Siehe im übrigen Francke, Ziviliſtiſche Abhandlungen II Seite 83 und unten Seite 69.

[2] Vergl. Dernburg, Pfandrecht II Seite 539.

Der das Pfand verkaufende Gläubiger kann sich, wenn mehrere debita gesichert worden waren, nach seinem freien Belieben vorzugsweise hinsichtlich des debitum naturale bezahlt machen.

Die resultierende actio hypothecaria geht sowohl gegen den Pfandschuldner als auch den dritten Besitzer. Letzterer hat nach l. 19 D. 20,4 das Recht, falls er dem Gläubiger die Pfandsumme anbietet, zu verlangen, daß dieser ihm seine naturale Forderung gegen den Hauptschuldner abtrete.[1])

b) Das für eine obl. civilis bestellte Pfandrecht bleibt regelmäßig ungeschwächt bei Bestand, wenn diese obl. nachträglich zu einer naturalen wird. Man hat auch in diesem Falle weniger seine Fortdauer bestritten, als vielmehr behauptet, seine Wirksamkeit beschränke sich auf die eines Retentionsrechtes. Diese Einschränkung ist jedoch hier ebensowenig gerechtfertigt wie bei der Verpfändung für eine obl., die von vornherein als naturale entstand, zumal die Quellenzeugnisse nichts von ihr wissen.

l 14 § 1 D. 20,1. Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.

l. 2 C. 8,31. Intellegere debes, pignoris vincula durare, personali actione submota.

Man hat dem letzteren Ausspruch nur eine beschränkte Bedeutung zuerkennen wollen, indem man an eine bestimmte personalis actio dachte. Ohne jeglichen Zwang läßt sich die Stelle jedoch allgemein auf alle Fälle beziehen, in denen die actio wegfällt und somit die ursprüngliche zivile Obligation in eine naturale verwandelt wird.[2])

Ganz ausnahmslos gilt diese Regel aber nicht; z. B. wenn der reus injuria judicis absolutus est, bleibt eine nat. obl.

---

[1]) ‚ius nominis (nicht actionis) cedere' vergl. Büchel a. a. O. Seite 154 f.; anders Schwanert Seite 213 Anm. 52.

[2]) Sintenis, Pfandrecht Seite 52; Dernburg, Pfandrecht Seite 575 Anm. 5.

übrig, während das Pfandrecht ope exceptionis erlischt.[1] Daher meint Sintenis, die Frage, ob das für die obl. civilis bestellte Pfandrecht für die nat. obl. fortdauere, sei davon unabhängig, ob soluti retentio stattfinde; das Pfandrecht könne also erloschen sein, selbst wenn die solutio durch Ausschluß der condictio indebiti als die eines debitum anerkannt worden sei.[2] Zur Aufstellung eines derartigen Regelsatzes berechtigt diese durchaus singuläre Erscheinung aber nicht, zumal gerade für das Pfandrecht — im Gegensatz zur fidejussio — feststeht, daß es suas condiciones habe, daß es fortbestehe bis pecunia soluta, aut satisfactum est.[3]

Die Römer gehen sogar soweit, daß sie das Pfandrecht bestehen lassen, selbst wenn die Hauptschuld vollständig untergegangen ist.[4] Freilich darf dieser Untergang auf keinen Fall durch Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt worden sein, wenn auch nicht überall, wo die Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers untergeht, das Pfand weiterhaftet.[5] Es mag der Gedanke zu Grunde gelegen haben, daß das Pfandrecht so lange weiterhaften solle, als noch eine Befriedigung des Gläubigers aus der Hauptobligation denkbar[6] und seine Existenz von irgend einem schutzwürdigen, praktischen Interesse für ihn sein könne. So läßt Paulus in l. 61 pr. D. 36,1 das Pfandrecht fortdauern, wenn die prinzipale Obligation durch confusio zwischen Schuldner und Gläubiger erloschen, weiterhin aber diese confusio durch Restitution der fideikommissarischen Erbschaft wieder aufgehoben ist. Dabei gerät der Jurist mit dem ak-

[1] l. 13 D. 20,6 vergl. unten Seite 86 ff.

[2] Sintenis, a. a. O. Seite 47.

[3] l. 13 § 4 D. 20,1.

[4] l. 38 § 5 D. 46,3; l. 61 pr. D. 36,1.

[5] Windscheid, Pand. § 249 Seite 1253.

[6] Vergleiche den Wortlaut der formula der actio hyp. bei Dernburg a. a. O. I Seite 81 . . . eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisfactum esse. . . .

zessorischen Charakter des Pfandrechts in Widerspruch, der das Bestehen irgend einer Forderung als Voraussetzung der Pfandhaftung verlangt. Um die Akzessorietät nicht zu verletzen, verfällt er auf den Gedanken „propter pignus“ eine nat. obl. anzunehmen. Es ist klar, daß dieser Ausweg nur ein äußerlicher ist, daß hier in Wirklichkeit das Prinzip der Akzessorietät durchbrochen ist; die Annahme einer nat. obl. zur theoretischen Vermittelung ist ganz willkürlich. Es kann daher dieser nat. obl. zweifellos keine selbständige Bedeutung zugesprochen werden[1]); sie steht und fällt mit dem pignus. Dernburg[2]) will die Entscheidung der l. cit. nur für den Fall des erzwungenen Erbschaftsantritts, der wider Willen des Gläubigers eingetretenen confusio, gelten lassen. Allein der Umstand, daß der Erbe nicht freiwillig antritt, ist doch nur zu beiläufig erwähnt (ut suspectam!), um als notwendige Voraussetzung für die Entscheidung zu gelten; er ist vielleicht nur deshalb angenommen, um die Billigkeit der Forthaftung des Pfandrechts in die Augen springen zu lassen. Ferner „ignoriert“ Paulus keineswegs „den Erbschaftsantritt, welcher ohnedem hier eine leere Form war“, und „betrachtet“ keineswegs „die Forderung als nicht konfundiert“,[3]) sondern beginnt sein Responsum ausdrücklich mit den Worten: aditione quidem heriditatis confusa obligatio est.

Noch an einer anderen Stelle ist die Fortdauer der Pfandhaftung trotz Untergang der Forderung infolge confusio erwähnt:

l. 38 § 5 D. 46,3[4]) Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te

[1]) Schwanert Seite 404 ff. Anders von Savigny, System V Seite 393 Note q.

[2]) a. a. O. Seite 591.

[3]) Dernburg a. a. O. II. Seite 592.

[4]) Die Erklärung der l. cit. von Schott, Jahrb. für Dogmatik, Band XV. Seite 52 f. findet ihre Widerlegung in dem Schlußsatze der Stelle, dessen Gegenbeweis seine äußerst gesuchte Unterscheidung nicht überzeugend zu beseitigen vermag.

instituit. quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilo minus tamen pignus obligatum manebit. Und hier wird dieselbe Entscheidung gegeben, ohne daß die Existenz einer nat. obl. angenommen wird, um über dogmatische Bedenken hinwegzutäuschen. Es geht nicht an, wie Schwanert tut[1]), Afrikanus eigenmächtig die Anschauung des Paulus zu unterschieben und auch in diesem Falle die Existenz einer nat. obl. „propter pignus" einzunehmen, vielmehr muß zugegeben werden, daß die Römer in einigen Fällen das Pfandrecht haben bestehen lassen, selbst wenn die gesicherte Obligation erloschen war.[2]) Nach Dernburg[3]) soll in diesem Falle ein Erlöschen der Hauptschuld nicht eintreten, wie überall dann nicht, wenn die Bürgschaftsschuld eine dem Gläubiger günstigere ist, als die Hauptschuld, insbesondere wenn sie eine zivile ist, die Hauptschuld aber nur eine natürliche, keine klagbare Existenz hat." So unzweifelhaft es richtig ist, daß die obl. fid. für ein nat. debitum durch confusio zwischen Bürgen- und Naturalschuldner nicht erlischt[4]), so wenig läßt sich allgemein behaupten, die obl. fid. bleibe überall bei Bestand, wo sie für den Gläubiger „günstiger" sei als die Hauptobligation; „günstiger" ist sie schließlich auch, wenn der Bürge zahlungsfähiger oder leichter gerichtlich zu belangen ist als der Schuldner, und doch wird niemand behaupten, daß sie darum trotz eingetretener Konfusion bei Bestand bleibe. Und ist die obl. fid. für den Gläubiger günstiger, weil sie durch Pfand gesichert ist, so muß sie es doch auch sein, wenn sie durch Bürgschaft gesichert ist. Und dennoch erlischt sie im letzteren Falle bei der Konfusion, wie der Untergang der Afterbürgschaft

[1]) Schwanert Seite 409; ebenso Dernburg a. a. O. Bd. II Seite 593.

[2]) Büchel a. a. O. Seite 120; Windscheid, Pand. § 249 Seite 1252 in und zu Note 3.

[3]) a. a. O. Bd. II Seite 592 f.

[4]) l. 95 § 3 D. 46,3; l. 21 § 2 D. 46,1 und unten Seite 46.

aufs deutlichste zeigt. Auch läßt sich hier nicht an einen nur „relativen" Untergang denken[1]), denn die Relativität des Untergangs müßte der Afterbürgschaft ebenso zu gute kommen wie dem Pfandrecht. Die Relativität aber beschränken auf den Fall, daß die Hauptobligation durch Pfand gesichert ist, heißt eine ähnliche Operation vornehmen, wie Paulus in l. 61 pr. D. 36,1. Außerdem bliebe dann immer noch zu erklären, warum bei der Afterbürgschaft anders konstruiert wurde.

[1]) Vergl. Geib a. a. O. Seite 96.

II. Teil, die einzelnen Fälle.

A.

Die Sicherungsverbindlichkeiten bei Obligationen, die von vornherein als klaglose, obligationes naturales, entstehen.

§ 3.

nat. obl. des servus.

Wir beginnen mit der nat. obl., die als die älteste anzusehen ist, der Obligation des Sklaven aus Rechtsgeschäften und zwar aus Rechtsgeschäften mit dem Dominus einerseits und denjenigen mit Fremden andererseits.

Dem Sklaven mangelte im älteren römischen Rechte jegliche Rechtsfähigkeit, wenngleich er auch als Mensch in gewissem Grade gewürdigt wurde. Er konnte sich zu nichts verpflichten, nichts veräußern, nichts für sich erwerben. In personam servilem nulla cadit actio[1]; das römische Zivilrecht konnte diesen Satz aufstellen, da ihm keine obligatio im technischen Sinne bekannt war, die nicht eine actio gehabt hätte und cum servo nulla actio est[2]. So das ältere Sklavenrecht. Die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs, an dem die Sklaven einen immer größeren Anteil nahmen, verlangten aber schon bald eine Erweiterung dieser strengen Auffassung. Zunächst verlangte die

[1] l. 22 pr. D. 50, 17.
[2] l. 107 D. eod.

Billigkeit einen Schutz für den durch Delikte des Sklaven Verletzten. Daher: Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent[1]). Aus seinen Delikten sollte also der servus haften; da er aber juristisch nicht haften konnte, so haftete er nur mit seiner Persönlichkeit; eine actio des Verletzten gegen den servus ist nicht denkbar, ist auch nach der manumissio nicht möglich. Dagegen war der dominus ziviliter zum Schadenersatz verpflichtet, konnte aber von dieser Haftung dadurch frei werden, daß er auf sein Dominat verzichtete, daß er den servus noxae dem Verletzten abtritt[2]); wird der servus inzwischen freigelassen, so bleibt er allein verpflichtet Eine solche Haftung des servus aus Delikt dem eigenen dominus gegenüber ist nicht möglich, ist ja auch überflüssig, da der Herr schon ohnehin unbeschränkt über den Sklaven verfügen kann.[3]) Allmählich wurde auch eine rechtliche Wirksamkeit der von dem Sklaven vorgenommenen Rechtsgeschäfte anerkannt, wenngleich nicht ausnahmslos. Hatte schon lange der Satz gegolten: „melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest[4]), war also ein Erwerb des servus als rechtlich für den Herrn gemacht anerkannt gewesen, so wurde dem Sklaven jetzt sogar eine gewisse Verpflichtungsfähigkeit, aktive und passive, beigelegt:

> l. 14 D. 44,7 . . ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. . . .

Freilich das Hauptmerkmal der obligatio civilis, die actio, war den Obligationen des servus versagt; sie waren klaglos, obligationes naturales. Nun ist aber der Begriff der nat. obl. nicht plötzlich von der römischen Jurisprudenz oder Legislatur

---

[1]) l. 14 D. 44,7.
[2]) § 3 J. IV, 8.
[3]) § 6 J. IV, 8; Schwanert Seite 252 ff.
[4]) l. 133 D. 50,17; l. 41 D. 15,1.

erfunden worden, sondern hat sich in langsamer aber ständiger Entwickelung herangebildet. Fördernd mag die Einrichtung der Pekulien mitgewirkt haben. Anfänglich wurden die nat. obl. bei der Berechnung eines Pekulium mitgewertet; dann konnten sie die Grundlage für akzessorische Verbindlichkeiten abgeben; weiterhin wurde die Erfüllungshandlung des servus als rechtliche solutio anerkannt, und endlich konnten sie gar durch Novation und Konstitutum — also auf indirektem Wege — Klagbarkeit erlangen. Wir beschränken uns auf die Darstellung ihrer Sicherbarkeit durch Bürgschaft und Pfand. Bevor wir aber den Zutritt dieser Akzessorien zu der nat. obl. des servus in seiner allgemeinen Gestaltung betrachten, wollen wir die einzelnen Möglichkeiten durchsehen, um einen Einblick in die praktische Bedeutung dieser Sicherungen für den Rechtsverkehr des servus zu tun.

Die Institutionen erklären Bürgschaft für zulässig sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.[1]. Es macht also keinen Unterschied, ob die nat. obl. zwischen dem servus und einem extraneus oder zwischen ihm und seinem eigenen dominus besteht.

Betrachten wir zunächst den Fall, daß der servus mit seinem eigenen dominus ein Rechtsgeschäft abschließt und sich durch dasselbe zu dessen Schuldner macht. Die rechtliche Betätigung dieser nat. obl. ist unter den Kontrahenten sehr beschränkt, erschöpft sich fast in der Deduktionsbefugnis[2]) des dominus, wenn der servus ein peculium hatte und der dominus mit diesem peculium den Gläubigern des servus verhaftet war. In Sonderheit konnte der servus die Schuld nicht zahlen; einer Zahlung durch dritte stand jedoch nichts im Wege, ebensowenig

[1]) § 1 J. III, 20.
[2]) Vergl. Schwanert Seite 269.

einer Bürgschaft, die dem dominus unmittelbare, reale Befriedigung in Aussicht stellte:

l. 56 § 1 D. 46,1 . . . . ex diverso ergo patre a filio vel domino a servo stipulato fidejussor acceptus tenetur[1]).

Desgleichen war die Sicherung dieser nat. obl. durch Pfandbestellung möglich.

l 13 pr. D. 12,6. Naturaliter etiam servus obligatur . . . . et pignus pro eo datum tenebitur.

Verpfändete ein dritter eine Sache für die Naturalschuld eines servus, so entsteht zweifellos ein vollgültiges Pfandrecht. Dagegen kann der Sklave selbst für seine Schuld in der Regel kein Pfand stellen, da er nichts zu Eigentum besitzt. Eine seinem Herrn gehörige Sache kann er nur mit dessen Zustimmung wirksam verpfänden[2]); ohne diese Zustimmung ist die Pfändung nichtig, selbst wenn die Hauptschuld auf ausdrückliche Anordnung des dominus kontrahiert wurde[3]). In dem Falle, wo der servus debitor seines Herrn geworden ist, ist eine Pfandbestellung von seiten des servus vollständig unmöglich; sie würde dem dominus nur gewähren, was er schon vorher hatte.

Schließt aber der servus ein Rechtsgeschäft mit dem dominus derart ab, daß dieser Schuldner seines eigenen servus wird, so entsteht auch in diesem Falle eine nat. obl. zwischen den beiden. Aber die Wirksamkeit und Betätigung dieser nat. obl. ist hier noch beschränkter als im vorigen Falle; sie ist vollständig abhängig vom Willen des dominus. Hat dieser freilich die Naturalforderung des servus diesem zum peculium oder zum Bestandteil eines schon vorhandenen peculium überwiesen, so gehört sie nach außen hin — den Gläubigern des servus gegenüber — zum peculium, sodaß sie den Gläubigern unabhängig von dem Willen des dominus haftet. Bürgschaft ist für diese

[1]) Ferner l. 70 § 3 D. 46,1.
[2]) l. 8 C. 8,15.
[3]) l. 3 D. 15,4; l. 29 § 3 D. 20,1.

nat. obl. nicht möglich, denn die actio ex stipulatu gegen den bürgenden dritten würde dem dominus selbst zustehen und nemo potest pro eodem eidem esse obligatus [1]). Pfandbestellung ist ebensowenig möglich: der dominus kann nicht verpfänden, weil er sonst seine eigene Sache sich selbst verpfänden müßte. Ein dritter kann kein Pfandrecht einräumen, weil die daraus resultierende actio hypothecaria dem dominus zustehen würde, also — dem Schuldner.

Viel häufiger aber als mit dem eigenen dominus wird der servus mit Fremden kontrahiert haben. Ursprünglich handelte er dabei wohl als Geschäftsführer [2]) seines dominus, und späterhin, als viele Sklaven ein peculium hatten, mehr und mehr im eigenen Namen und im Interesse dieses peculium.

Wurde der servus aus einem Rechtsgeschäft Schuldner des dritten, so entstand für ihn ein naturale debitum. Dasselbe debitum war für den Herrn ein klagbares; freilich nur de peculio d. h. bis zum Belauf des dem Sklaven konzessionierten peculium. Für dieses nat. debitum des servus kann sowohl ein dritter als auch der eigene dominus Bürgschaft leisten. Bürgt der dominus, so haftet er nur aus der obl. fidejussoria, nicht etwa noch mit der actio quod jussu [3]). Auf die Pekuliarhaftung kann diese Bürgschaft natürlich keinen Einfluß haben. Ebenso zweifellos können ein dritter und der dominus eine Sache dafür verpfänden. Der servus selbst kann es regelmäßig nicht, da er nichts besitzt und Gegenstände aus dem Vermögen des Herrn nur mit dessen Zustimmung verpfänden kann. Jedoch:

> l. 13 pr. D. 12,6 . . . . si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneraticia reddenda est.

[1]) l. 56 § 1 D. 46,1.

[2]) Karlowa, Rechtsgeschichte Seite 111.

[3]) l. 1 § 5 D. 15,4 ‚quia aliud est jubere, aliud fide jubere‘.

War dem servus ein peculium zu freier Verwaltung gegeben, so kann er aus dem Bestand desselben eine Sache verpfänden; aber nur für seine eigene auf das peculium bezügliche Schuld. Daß es sich um die Hingabe einer res peculiaris zu Pfand handelt, ist selbstverständlich, da der servus überhaupt nichts anderes verpfänden kann, und außerdem ausdrücklich gesagt in l. 18 § 4 D. 13,7. Servus rem peculiarum si pignori dederit, tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit: nam et alienare eas res potest.

Anders war es aber, wenn der servus für die Schuld eines Fremden ein Pfandrecht einräumen wollte.

> l. 1 § 1 D. 20,3. Si filius familias pro alio rem peculiarem obligaverit vel servus, dicendum est, eam non teneri, licet liberam peculii sui administrationem habeant, sicut nec donare eis conceditur; non enim usquequaque habent liberam administrationem. Facti tamen est quaestio, si quaeratur, quousque eis permissum videatur peculium administrare.

Für eine Schuld eines Fremden, die in keinem Zusammenhange mit den Interessen des peculium stand, konnte der filius familias und servus eine res peculiaris nicht wirksam verpfänden. Die nach l. 46 D. 15,1 für den Fall der Einräumung eines peculium zu vermutende Generalpermission findet hier eine im Zweifel einschränkende Interpretation. Wurde ein extraneus aus einem Rechtsgeschäfte mit einem servus dessen Schuldner, so entstand eine obligatio civilis zwischen extraneus und dominus; die actio konnte für den servus nicht entstehen, vielmehr wurde sie nach dem Satze ‚quod servo debetur ab extraneis dominus recte petet' [1]) unmittelbar und notwendig dem dominus erworben. Neben dieser actio des Herrn konstruierte das römische Recht noch eine obl. nat. zwischen servus

[1]) l. 41 D. 15,1.

und extraneus. Der Grund zu dieser Annahme liegt im Pekuliarrecht.[1] Also auch dem servus war der extraneus natural zur Leistung verpflichtet und dieser war natural berechtigt[2], was sich vor allem in der Rechtsgültigkeit seiner Annahme der Leistung zeigt. Hatte jemand für diese Obligation Bürgschaft geleistet oder ein Pfandrecht bestellt, so ist diese zweifache Konstruktion hier ebenfalls von Bedeutung. Bürgen und Pfänder kann der dominus ziviliter in Anspruch nehmen; jedoch werden sie auch durch freiwillige Leistung an den naturalis creditor, den servus, frei, denn auch hierin liegt für sie eine rechtsgültige causa solvendi.

Für die nat. obl. aus den Kontrakten zweier servi untereinander, gleichgültig ob sie unter der potestas desselben dominus oder verschiedener oder gar keiner stehen, ist ebenso Bürgschaft und Pfandbestellung möglich; dabei kommen die oben angedeuteten Regeln entsprechend zur Anwendung.

Wer sich für die Naturalobligation eines Sklaven verbürgt, haftet für den ganzen Betrag der Schuld desselben, in solidum, während der dominus nur de peculio haftet.

l. 24 § 2 D. 19,1. Servo vendente hominem fidejussor venditionis omnia praestare debet, in quae obligaretur, si pro libero fidejussisset: nam et in dominum actio sic datur . . . . sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.

Die Haftung des fidejussor ist überhaupt gänzlich unabhängig von dem Vorhandensein eines peculium.

l. 35 D 46,1. Cum fidejubeat aliquis pro servo, in solidum tenetur, etiamsi nihil in peculio sit. . . . .

Hat er freilich nur für die Haftung des dominus de peculio gebürgt, so beschränkt sich auch seine Verpflichtung auf

[1] Vergl. Schwanert Seite 276.

[2] Anders von Savigny, System II Seite 123 Note e; dagegen Schwanert 282 ff.

den Umfang dieser Haftung; und diese Haftung richtet sich nach dem Betrag des peculium zu der Zeit, cum res judicatur: plane si pro domino fidejubeat, cum quo de peculio est, dumtaxat de peculio tenebitur, quod tunc erit, cum res judicatur[1]). Anders bei der Bürgschaft vermittels des constitutum debiti alieni; hier haftete der Konstituent ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur.[2]) Die Lage des Konstituenten konnte sich daher im Gegensatz zu der fidejussor weder verbessern noch verschlechtern.

Wer sich für die Naturalschuld eines servus verbürgt hat, wird nicht unter allen Umständen durch Litiskontestation servi nomine mit dem Herrn befreit; denn die Wirkungen der Litiskontestation erstrecken sich nur auf die actio de peculio und somit auch nur auf den Betrag de peculio, und dieser kann möglicherweise den ganzen Umfang der Schuld nicht erschöpfen.

> l. 84 D. 46,3. Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fidejussores ejus respondit. . . . .

Die Entscheidung dieser Stelle erscheint auf den ersten Blick merkwürdig und hat zu mancherlei Streitigkeiten Anlaß gegeben. Da das vorjustinianische Recht das Verhältnis von Bürgen zu Hauptschuldner jedenfalls hinsichtlich der Wirkungen der Litiskontestation als Korrealverhältnis auffaßte und durch die klageweise Inanspruchnahme des einen correus der andere befreit wurde, so müßten die fidejussores des servus frei[3]) geworden sein. Die Entscheidung lautet aber entgegengesetzt. Zur Er-

---

[1]) l. 35 D. 46,1.

[2]) l. 1 § 8 D. 13,5.

[3]) Kunze, Obl. u. Sing. Seite 184 Anm. 10; Ryk, Schuldverh. Seite 39 Anm. 5; Geib a. a. O. Seite 12, wollen jedoch den naturalen Bestandteil des fidijussorischen debitum fortbestehen lassen — ebenso wie die Obligation des Hauptschuldners nach der Litiskontestation ein nat. debitum übrig lasse.

klärung hat man angenommen, das debitum des dominus sei von demjenigen des servus grundverschieden [1]), und mit der Anstellung der „akzessorischen" Klage (a. de peculio) sei die obligatio principalis (nat. debitum des servus) nicht in judicium deduziert,[2]) mithin die für dasselbe bestellte Bürgschaft nicht berührt. Nach den neuesten Forschungen kann aber an der Identität der Passivobligationen des servus und des filius familias mit der actio de peculio des dominus und paterf nicht gezweifelt werden.[3]) Vielmehr ist das „non esse liberatos fidejussores" mehr vom faktischen als vom juristischen Standpunkt aus zu nehmen. Hatte der Gläubiger den dominus de peculio belangt und keine vollständige Befriedigung erhalten, weil das peculium nicht ausreichte, so wurde ihm propter errorem (die an und für sich untergegangene) actio ex stipulatu gegen die Bürgen restituiert.[4]) In diesem rein tatsächlichen Sinne kann der Jurist also sagen non esse liberatus fidejussores. War der verklagte dominus verurteilt worden, so stand dem restituierten Bürgen die exceptio rei judicatae zu.

l 21 § 4 D. 44,2 Si pro servo meo fidejusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re judicata

Die exceptio beschränkte sich natürlich auf den judizierten Teil der Schuld, soweit dieser ihren ganzen Umfang nicht erschöpfte.

Noch nachdem die actio de peculio gegen den Herrn in litem deduziert worden ist, kann ein fidejussor für die Naturalschuld des servus hinzutreten.

[1]) Von der Pfordten, A Z Pra. Bd. 24 Seite 130.

[2]) Büchel a. a. O. Seite 107.

[3]) Fein, A Z Pra. Bd. 26 Seite 370. Dort die Literatur.

[4]) Vergl. l. 32 pr. D. 15,1; Fein a. a. O. Seite 375 Anm. 110; Mandry a. a. O. Bd. 2 Seite 267.

l. 50 § 2 D. 15,1 Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest.

Näheres darüber unten bei der nat. obl. post litiscontestationem.

Verbürgen kann man sich aber nur für die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten des servus, zu deren Uebernahme dieser überhaupt rechtlich imstande ist (wenn auch nur unter Begründung einer naturalen Verpflichtung für sich selbst). Rechtshandlungen, deren Vornahme ihm verboten und unmöglich ist, kann er nicht gültig betätigen und versprechen und ebenso kann er keine Bürgen dafür stellen.

l. 13 D. 2,11 Quotiens servus judicio sistendi causa ut ipse litigaturus vel ab alio stipulatur vel ipse promittit: nec committitur stipulatio nec fidejussores teneantur, quia servus conveniri vel convenire non potest.[1])

Leistete der servus ein derartiges Versprechen, so wäre das rechtlich bedeutungslos, eine Schuld entstände in keiner Weise, und deshalb ist auch Bürgschaft nicht denkbar, weil diese immer das Vorhandensein irgend einer Schuld als notwendige Vorbedingung verlangt.

Wer für die Naturalschuld eines servus bürgt, steht in gewisser Beziehung — was den Umfang seiner Haftung anbelangt — günstiger da, als wer unter gleichen Umständen für die Schuld eines Verpflichtungsfähigen bürgt. Grundsätzlich haftet nämlich der fidejussor für die mora des Hauptschuldners: cum reus moram facit, et fidejussor tenetur.[2]) Nun kann aber der servus (und der pupillus) keine mora im rechtlichen Sinne und mit rechtlicher Wirkung begehen; nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.[3]) Kommt er aber rein tatsächlich durch sein Verhalten in Verzug, so kann dies dem fidejussor nicht angerechnet werden. Eine Erweiterung

[1]) Vergl. ferner l. 56 pr. D. 46,1.
[2]) l. 24 § 1 D. 22,1.
[3]) l. 127 D. 45,1.

der Haftung des letzteren durch obligationswidriges Handeln z. B. durch mora des Hauptschuldners ist demnach hier nicht möglich. Dies kann nicht so sehr befremden, wenn man bedenkt, daß der Hauptzweck des fidejussio für ein nat. debitum war, dem Gläubiger eine Klage zu gewähren. Anders aber verhielt es sich, wenn der Gläubiger außer dem persönlichen einen dinglichen Anspruch gegen den Schuldner hatte. Dann konnte er den dinglichen Anspruch durchsetzen, gleichgültig ob sein Schuldner zivil oder natural verpflichtet war, ohne daß es des Zutritts eines fidejussor bedurft hätte, um ihm die Klage zu verschaffen. Hier sollte der Bürge wieder vor allem die Garantie der Erfüllung der persönlichen Vertragspflichten des Schuldners übernehmen. Daher haftet der Bürge auch nicht für die Befriedigung des dinglichen Anspruchs, sondern nur für dolus und culpa des nat. debitor in bezug auf dessen persönliche Vertragspflichten.

> l. 2 D. 46,1 Et commodati et depositi fidejussor accipi potest et tenetur, etiam si apud servum vel pupillum depositum commodatum ve fuerit, sed ita demum, si aut dolo malo aut culpa hi fecerunt, pro quibus fidejussum est.[1])

Von Bedeutung für den Rechtsverkehr des servus ist die manumissio, die Freilassung des Sklaven. Freilich werden diejenigen Rechtsverhältnisse, die bereits durante servitute begründet waren, durch sie nicht berührt. Insbesondere werden die nat. obl. nach der manumissio nicht zu klagbaren Obligationen;[2]) war die actio einmal nicht entstanden, so vermag auch die Freilassung sie nicht zum Leben zu erwecken. Für die Wirkungen der bereits durante servitute bestellten Akzessorien ist der Erwerb der Freiheit gleichgültig. Von Bedeutung ist er aber für die Handlungen des manumissus selbst bezüglich seiner

[1]) Vergl. l. 1 § 14 D. 16,3 und die Ausführungen von Krückmann, A Z Pra. Bd. 85 Seite 244 ff.

[2]) l. 2 C. 4,14. Ausnahme z. B l. 11 § 1 D. 15,1,

Obligationen. Diese Rechtshandlungen haben nämlich jetzt regelmäßig die Bedeutung, die sie haben würden, falls sie ein Freier für seine obligationes civiles vornehmen würde. Natürlich kann sich der manumissus nicht für seine durante servitute kontrahierte Verbindlichkeit verbürgen, weil niemand für sich selbst bürgen kann.

l. 21 § 2 D. 46, 1 Servo tuo pecuniam credidi : eum tu manumisisti : deinde eundem fidejussorem accepi. Si quidem in eam obligationem fidejubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait; sin vero in naturalem suam potius ut nihil agatur; non enim intellegi posse, ut pro se fidejubendo obligaretur . . .

Aus der Uebernahme einer solchen (ungültigen) Bürgschaftsverbindlichkeit könnte aber auf einen Novationswillen geschlossen werden. Wohl aber kann sich auch der manumissus für die actio de peculio gegen seinen früheren Herren verbürgen. Ebenso kann der manumissus jetzt, wo er vermögensfähig geworden ist, unbeschränkt ein vollgültiges Pfandrecht bestellen, gleichgültig ob es sich um eine eigene oder fremde, natürliche oder zivile Verbindlichkeit handelt. Nun geht die Verpflichtung des fidejussor auch auf seine Erben über: fidejussor non tantum ispe obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit.[1] Es fragt sich, welchen Einfluß auf das Schicksal der Obligationen der Umstand hat, daß der Hauptschuldner den Bürgen beerbt oder umgekehrt. Nehmen wir zunächst einmal an, der Bürge hätte sich für ein debitum civile verpflichtet. Wenn fidejussor und Schuldner korreal verhaftet wären, so müßte durch den Erbfall das debitum des einen dem anderen zuwachsen. Das ist aber nicht so.

l. 21 § 2 D. 46,1 .... nec his contrarium esse, quod, cum reus fidejussori heres existat, fidejussoria obligatio

[1]) § 2 J. III. 20.

tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest.

Es ist also ausdrücklich gesagt, daß die fid. obligatio erlischt. Mit Recht weist Geib darauf hin,[1]) daß sich die Lage des Gläubigers dadurch garnicht verschlechtere, weil er ja mit der eigentlichen Hauptschuldklage vom Schuldner alles verlangen könne, worauf er überhaupt einen Anspruch hat. Jedoch „mehr als die ex causa accessionis sich ergebende vollständige Bedeutungslosigkeit der fidejussoria obligato wollte mit dieser vielfach verwendeten Rechtsregel nicht statuiert werden.“[2]) Daher findet sie auch keine Anwendung, wo das Erlöschen des fid. obl. für den Gläubiger nicht wert- und bedeutungslos ist; und das ist der Fall, wenn der Erbgang zwischen einem natural Verpflichteten und seinem Bürgen eintritt. Würde hier die obligatio civilis des Bürgen entfallen, so verlöre der Anspruch des Gläubigers — dem praktischen Erfolge nach gesprochen — die Klagbarkeit. Beerbt also ein servus manumissus seinen fidejussor, so geht dessen zivile Verpflichtung auf ihn über, sodaß er jetzt der actio ex stipulatu ausgesetzt ist; außerdem bleibt aber seine Naturalschuld bestehen, weil überall kein Grund zu ihrer Aufhebung vorliegt, insbesondere seine Lage durch ihre Fortexistenz nicht schlechter wird. Sollte also seine zivile obl. fid. aus irgend einem Grunde erlöschen, so kann sich seine naturale Hauptschuld immer noch betätigen, vorausgesetzt daß der Untergang der ersteren nicht den der zweiten bedingte, sie bietet vor allem immer noch eine causa solvendi:

l. 21 § 2 D. 46,1 . . . . quod si hic servus manumissus fidejussori suo heres existat, durare causam fidejussionis putavit et tamen nihilo minus naturalem obligationem mansuram ut, si obligatio civilis pereat solutum repetere non possit. . . .

[1]) Geib, a. a. O. Seite 94.
[2]) Geib, a. a. O. Seite 95.

Beerbt umgekehrt der fidejussor den servus manumissus, dann bleibt selbstredend die zivile Bürgschaftsobligation bei Bestand; außerdem geht die Naturalschuld des servus m. auf den fid. über. Es läßt sich kein Grund dagegen anführen; eine Unbilligkeit und Benachteiligung ist es jedenfalls nicht.

l. 21 § 2 D. 46,1 . . . . Retro quoque si fidejussor servo manumisso heres extiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur, nec pro se quis fidejubere possit.

Auf diese Weise ist die merkwürdige Erscheinung möglich daß jemand für seine eigene Naturalschuld gleichzeitig Bürge ist, was ja sonst nicht zulässig ist.[1] Beerbt der Bürge den Gläubiger, so wird er frei.

l. 21 § 3 D. eod . . . . quod si idem stipulator fidejussorem heredem scripserit, procul dubio solam fidejussoris obligationem peremit.

Das Gleiche gilt, wenn die Gläubiger den Bürgen beerbt. Ist die Schuld durch confusio infolge Erbganges zwischen Schuldner und Gläubiger erloschen, so fällt natürlich die obl. fidejussoria weg, weil es ihr an jeglicher Grundlage gebricht; dabei ist es ganz gleichgültig, ob die erloschene Schuld eine zivile oder naturale war.

l. 21 § 3 D. eod. Quod si stipulator reum heredem instituerit, omnimodo fidejussoris obligationem peremit, sive civilis sive tantum naturalis in reum fuisset, quoniam quidem nemo potest apud eundum pro ipso obligatus esse.[2]

[1] Auch der servus manumissus kann nicht für seine durante servitute kontrahierte Naturalschuld bürgen; vergl. oben Seite 43.

[2] Ebenso l. 34 § 8 D. 46,3: Uebrigens versteht Geib (Seite 51 Anm. 5, Seite 94 Anm. 3, Seite 136 Anm. 1) unter reus satis dandi irrtümlicherweise den Bürgen.

Es ergibt sich also, daß die klagbare fidejussoria obligatio niemals dann erlischt, wenn sie durch confusio mit der klaglosen Hauptschuld zusammentrifft.

Zum Schlusse die Frage, ob sich auch ein servus für eine Naturalobligation z. B. die eines anderen Sklaven gültig verbürgen könne. Die Beantwortung zwingt uns zu der Untersuchung, ob ein servus überhaupt eine Bürgschaftsverbindlichkeit übernehmen könne. Das römische Recht gibt zwar dem servus in gewissem Umfange — rechtliche Handlungsfähigkeit; jedoch ist diese nicht so vollständig, daß nicht einzelne, wenige Ausnahmen vorkämen. In den Quellen finden sich folgende Ausführungen.

l. 19 D. 46, 1 Servus inscio domino pro quodam fidejusserat et eo nomine pecuniam solverat: quaerebatur, dominus possetne ab eo, cui soluta esset, repetere respondit: interest quo nomine fidejusserit: nam si ex causa peculiari fidejussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit, quod ex dominica causa solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fidejusserit, quod ex dominica pecunia solverit, aeque vindicabitur, quod ex peculio, condici poterit. — l. 20 Sed et si servi dominus pecuniam solverit, repetere eam non ab eo pro quo fidejussit, sed ab eo cui numeravit poterit, cum servus fidejussionis nomine obligari non possit. sequitur ergo ut ab eo, pro que fidejusserat, repeti non possit, cum ipse aere alieno obligatus sit nec solutione liberari ejus pecuniae nomine potuerit, cujus obligatio ad servum non pertinuit.

Im Prinzip war also der servus unfähig eine Bürgschaftsverpflichtung, sei es auch nur mit naturaler Wirksamkeit, einzugehen. Nur unter gewissen Bedingungen war eine solche für ihn und seinen dominus von Wirksamkeit. Es kommt darauf an, ob der servus bei der Uebernahme der obl. fid. mit Wissen d. h. mit Einwilligung seines dominus oder inscio domino

handelte. Im letzteren Falle ist die fidejussio nur dann gültig, wenn sie ex causa peculiari eingegangen worden ist; ist das gegeben, so kann der dominus das, was der servus aus dem peculium gezahlt hat, nicht zurückfordern; die Verpflichtung des Sklaven wirkt — wie jede andere — auch gegen ihn; freilich nur bis zum Betrage des peculium,[1]) sodaß er dasjenige, was der Sklave darüber hinaus ex pecunia dominica gezahlt hat, mit der rei vindicatio herausverlangen kann. War aber die inscio domino eingegangene fidejussio nicht ex causa peculiari, so war sie nichtig und der dominus kann alles auf Grund derselben ex peculio oder ex pecunia dominica Geleistete kondizieren resp. vindizieren, weil kein debitum des servus — auch nicht ein naturales — vorlag. Eine Verbürgung des Sklaven mit Einwilligung des Herrn ist vollgültig; der Sklave ist dann natural in solidum, der Herr zivil de peculio verhaftet. Also: ein servus kann sich mit Zustimmung seines Herrn immer verbürgen, ohne dieselbe nur ex causa peculari. Nun liegt gar kein Grund vor, daran zu zweifeln, daß sich ein servus unter diesen Voraussetzungen auch für einen natural Verpflichteten verbürgen könnte. Freilich eine actio auf den Betrag der Schuld des hauptschuldnerischen nat. debitor erhielt der Gläubiger desselben dadurch nicht, sondern nur eine actio de peculio gegen den dominus des bürgenden Sklaven. Die Annahme eines servus als Bürgen konnte ihrem praktischen Werte nach wenig zweckdienlich sein, juristisch möglich war sie jedenfalls.

[1]) l. 3 § 5 D. 15,1.

§ 4.

nat. obl. zwischen Personen, die derselben patria potestas unterstehen.

Viel Aehnlichkeiten mit den Naturalobligationen der servi haben die Obligationen zwischen Personen, die durch familienrechtliche Gewalt miteinander verbunden sind. Es entstehen nämlich Naturalobligationen zwischen Gewalthaber und Gewaltuntertänigen und zwischen Personen, die der Gewalt desselben dritten unterworfen sind.

Der filius familias[1]) ist ebenso wie der servus erwerbs- und vermögensunfähig; aber das beruht nicht wie beim Sklaven auf einer vollständigen und dauernden Rechtsunfähigkeit, sondern hat seinen Grund in dem familienrechtlichen Verhältnis, in dem der Sohn zum Gewalthaber steht, in der patria potestas. Und nur solange wie diese potestas dauert daher regelmäßig die Vermögensunfähigkeit; deshalb ist auch ein filiusf. nicht denkbar ohne paterf, wie ein servus sine domino.[2]) Verpflichtungsfähigkeit dagegen besitzt der filiusf., vorausgesetzt daß er auch als homo sui juris verpflichtungsfähig sein würde. Er wird infolgedessen bei Rechtsgeschäften mit extraneis mit rechtlicher Wirksamkeit gebunden, auch in der Weise, daß eine actio gegen ihn stattfindet.[3]) Und für diese Schulden haftet der paterf. in der Regel nicht.[4]) Die Gültigkeit eines von einem dritten für dieses zivile debitum bestellten Pfandrechts oder einer dafür geleisteten Bürgschaft kann nicht bezweifelt werden; ebensogut kann der paterf. ein Pfandrecht dafür bestellen und Bürgschaft

[1]) Was vom filius familias gilt, gilt in entsprechender Weise auch von der filiaf., von der Frau in manu und dem in mancipio Befindlichen.

[2]) Schwanert Seite 301.

[3]) l. 39 D. 44,7; l. 57 D. 5,1; l. 44 D. 15,1; l. 141 § 2 D. 45,1; l. 8 § 4 D. 46,4; l. 10 § 2 D. 46,1; vergl. aber l. 2 § 1 D. 50,12.

[4]) l. 133 D. 50,17.

leisten. Dagegen kann der filiusf. selbst in der Regel für seine obl. nichts verpfänden, weil er — ebenso wie der servus — nichts zu Eigentum besitzt. Hat ihm jedoch der Vater ein peculium (prof.) eingeräumt, so gilt für ihn dasselbe, was für den Sklaven bestimmt worden war: er kann eine res peculiaris nur für ein debitum peculiare verpfänden. Ebenso beschränkt hinsichtlich seiner Dispositionsbefugnis ist er in bezug auf Gegenstände, die einen pec. adventicium regulare angehören. Besitzt aber der filiusf. ein pec. adventicinm irregulare oder ein pec. castrense vel quasi, so kann er zu diesem gehörige Gegenstände vollwirksam verpfänden, da sie in seinem freien Eigentume stehen; dabei macht es keinen Unterschied, ob die zu sichernde Schuld eine eigene oder fremde, auf das pec. bezügliche oder sonstige Schuld ist. Wird aber eine extraneus aus einem Rechtsgeschäfte Schuldner des filiusf., so entsteht für den letzteren keine actio gegen den debitor, sondern diese wird ausschließlich dem paterf. erworben.[1]) Es entsteht ein obl. civilis, aus welcher der paterf. der Berechtigte ist. Jedoch wird hier ebenso wie bei den entsprechenden Geschäften des servus neben dieser obl. civ. eine obl. nat. zwischen filiusf. und extraneus angenommen, wobei aber zu bemerken ist, daß es sich nicht um zwei verschiedene, von einander unabhängige Gebilde handelt, sondern daß sie beide auf gemeinsamer rechtlicher Grundlage, dem Geschäft des filiusf., beruhen und insbesondere eine einheitliche causa solvendi bilden. Pfänder und Bürgen können sowohl vom Vater wie vom Sohne angenommen werden; es gilt hier dasselbe, was bereits bei den Forderungen der servi gegen Fremde ausgeführt worden ist. Sicherung durch Bürgschaft und Pfandbestellung bietet hier, wenn sie von dritten ausgeht, keine Besonderheiten. Dagegen kann sie nicht vom paterf. des kontrahierenden filiusf. ausgehen, denn sonst würden

[1]) § 4 J. III, 19; vergl. aber l. 9 und 13 D. 44.7.

Bürgschafts- und Pfandschuldner und Bürgschafts- und Pfandgläubiger in der Person des paterf. zusammenfallen, der außerdem noch der eigentliche Hauptgläubiger ist. Denn aus der dem Sohne eingeräumten Sicherheit ist der Vater der Berechtigte, ebenso wie auch jeder andere Erwerb in das Vermögen des Vaters fällt, insbesondere jeder Forderungserwerb ihn zum Gläubiger macht. Das spätere römische Recht, das hinsichtlich verschiedener peculia — zuerst des pec. castrense — die volle Eigentumsfähigkeit eines filiusf. anerkannte, berechtigte und verpflichtete ihn aus seinen Geschäften in bezug auf diese peculia unmittelbar und selbständig, sodaß auch die actio für seine Person erworben wurde. Jetzt konnte auch der Vater für solche Pekuliarforderungen des Sohnes Bürgschaft übernehmen und ein Pfandrecht konstituieren mit der Wirkung, daß der Sohn die actio ex stipulatu resp. hypothecaria gegen ihn hatte.[1])

Kontrahierte aber der Hausſohn mit seinem paterf., so entsteht auf jeden Fall eine Obligation zwischen ihnen; freilich keine obl. civilis, weil eine actio zwischen ihnen rechtlich nicht möglich nicht, denn lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus.[2]) Legte man jedoch unter gleichen Umständen den Geschäften des servus mit dem dominus naturale Wirksamkeit bei, so mußte das bei dem an sich rechtsfähigen Hausſohn erst recht geschehen. Dieselben Veranlassungsgründe für die Anerkennung der naturalen Verpflichtungsfähigkeit des servus, die aus den in l. 13 pr. D. 12,6 ent-

[1]) l. 4 D. 5,1.

[2]) Man hat auf Grund einiger Quellenstellen (§ 6 J. III, 19; l. 2 pr. D. 15,1; l. 15 § 1 D. 49,17) geleugnet, daß zwischen Vater und Hausſohn überhaupt eine Obligation bestehen könnte; aber diese Stellen beziehen sich zweifellos auf klagbare Obl.; die actio ist allerdings nicht denkbar, soweit die p. p. reicht: l. 4 D. 5,1; l. 11 D. 5,1; § 12 J. IV, 1; l. 16 D. 47,2. — Vergleiche von Savigny, System Bd. II Seite 54 ff.; Schwanert Seite 309 ff.; Klingmüller Seite 24 ff.

wickelten Konsequenzen dieser Verpflichtungsfähigkeit herauszulesen sind, kommen auch für den filiusf. in Betracht [1]).

Ist der filiusf. Schuldner seines Vaters geworden, so liegt eine Sicherung der Schuld durch Bürgschaft [2]) und Pfandbestellung im ausgesprochenen Interesse des letzteren. Denn diese Sicherung bietet der in der nat. obl. liegenden causa solvendi Gelegenheit zu materieller Betätigung, die im allgemeinen infolge der Vermögensgemeinschaft zwischen Vater und Hanssohn nicht möglich ist. Durch den Bürgen erhält der paterf. neben dem nat. debitor, dessen Leistung nur für den Fall, daß er ein peculium besitzt oder die patria potestas beendigt wird, relevant ist, einen civilis debitor. Kam der Bürge seiner Verpflichtung nach und zahlte seine Schuld, so konnte er einen Regreßanspruch gegen den hauptschuldnerischen filiusf. haben, soweit das zwischen beiden bestehende Verhältnis dies zuließ. Da der filiusf. vollständig verpflichtungsfähig, ist die Regreßklage, die actio mandati contraria, gegen ihn möglich. Anders war das beim Sklaven infolge dessen Rechtsunfähigkeit. Dort mußte sich der fidejussor mit einer naturalen Regreßforderung gegen den servus oder der actio de peculio gegen den dominus begnügen. Freilich viel besser steht er sich auch nicht, wenn er für einen Hanssohn interzediert hat, denn mit dem erstrittenen Judikat erschöpfte sich sein Recht; Zwangsvollstreckung war gegen den vermögenslosen Sohn nicht möglich; gegen den paterf. auch nicht, weil er für die Schuld nicht haftete oder nur de peculio [3]). Ebensogut wie für die Naturalschuld des filius an seinen Gewalthaber gebürgt werden konnte, konnte in entsprechender Weise ein Pfand dafür gegeben werden; von seiten eines dritten unter allen Umständen; von seiten des filiusf. selbst aber nur dann, wenn er freies Vermögen besaß.

[1]) Mandry a. a. O. Bd. I Seite 371.
[2]) l. 56 § 1 D. 46,1.
[3]) Vergl. l. 3 § 7 D. 15,1.

Abgesehen von dem Besitze eines solchen Vermögens konnte der filiusf. für seine Schuld eine Sache verpfänden, wenn er sui juris geworden war, vorausgesetzt, daß seine Schuld bei dieser Gelegenheit nicht erloschen war, wie denn überhaupt nach Beendigung der patria potestas die nat. obl. sich nach allen Richtungen hin wie eine obl. civilis betätigen konnte mit der alleinigen Ausnahme, daß ihr die actio mangelte.

Kontrahierte der filiusf. in der Weise mit seinem Gewalthaber, daß dieser sein Schuldner wird, so entstand wiederum eine nat. obl. zwischen beiden. Aber diese nat. obl. kann niemals die Grundlage für eine fidejussio abgeben, weil immer der schuldnerische paterf. der Berechtigte aus der obl. fidejussoria sein würde und nemo potest pro eodem et eidem esse obligatus[1]). Hinsichtlich ihrer rechtlichen Betätigung gilt dasselbe, was von der entsprechenden nat. obl. des servus gesagt worden ist. Wie Bürgschaft ist auch Pfandbestellung unmöglich. Die actio hypothecaria gegen den verpfändenden dritten würde dem paterf., also dem Schuldner, zustehen. Der Vater selbst kann dem Sohn kein Pfandrecht einräumen wegen der zwischen beiden bestehenden Vermögenseinheit. Besteht eine solche Einheit nicht, z. B. weil es sich um eine res eines kastrensischen Pekuliums handelt, oder nicht mehr, z. B. weil der filiusf. durch manumissio sui juris geworden ist, so kann auch der Vater dem Sohne ein gültiges Pfandrecht einräumen. Aus den Kontrakten zweier filiif., die der patria potestas Verschiedener unterworfen waren, entstanden obl. civiles, deren actiones den Vätern zustanden. Ebenso standen die actiones aus den hierauf bezüglichen Sicherungsobligationen den Vätern zu. Dagegen erwuchsen aus Rechtsgeschäften, die filiif. desselben pater untereinander abschlossen, lediglich obl. nat.[2]), denn nicht nur

[1]) l. 56 § 1 D. 46,1.

[2]) Hatten beide filiif. freies Vermögen, so entstanden zwischen ihnen bis zum Belauf desselben obl. civiles, darüber hinaus obl. naturales.

zwischen Familienoberhaupt und Familienuntertänigen war die actio unmöglich, sondern auch zwischen zwei derselben Gewalt Unterworfenen. Für diese Naturalobligationen ist wiederum fidejussio möglich, obwohl eine solutio debiti von seiten des Hauptschuldners nur mit Rücksicht auf ein peculium denkbar ist. Hatten beide filii ein peculium oder wenigstens derjenige cui debetur, so fiel das auf Grund der fidejussio Gezahlte in das peculium des Gläubigers, während es andernfalls immer in das Eigentum des Vaters gelangte. Ein Regreß des Bürgen ist hier in den gegebenen Grenzen möglich. Wirksame Pfandbestellung konnte nur von einem extraneus ausgehen; vom Vater oder einem dritten filiusf. in der Regel nicht. Daß Bürgschaft von einem dritten filiusf. ausginge, mochte wohl juristisch denkbar sein, war aber jedenfalls wenig praktisch; der Gläubiger hatte dadurch lediglich einen zweiten naturalis debitor bekommen. Wie die manumissio für die Obligationen des servus, so ist die Aufhebung der patria potestas für die des filiusf. von Bedeutung. Hier wie dort gilt die Regel, daß einmal als klaglose entstandene Obligationen nicht klagbar werden, wenn späterhin der Grund für den Mangel der actio wegfällt. Die Forderungen aus den Rechtsgeschäften des filiusf. mit dritten stehen noch wie vor dem Vater zu, vorausgesetzt, daß sie nicht ausnahmsweise dem Sohne selbst erworben worden waren. Die Schulden aus denselben bleiben debita des Sohnes, gegen den jetzt auch die Zwangsvollstreckung möglich ist. Bei Kontraktsschulden haftet er aber nur in quantum facere potest[1]). Die Naturalforderungen des filiusf. gegen seinen früheren paterf. bleiben nur dann bei Bestand[2]), wenn der Sohn ein peculium hatte und ihm dies bei der Endigung der p. p. belassen worden ist. Und ebenso verhält es sich mit den Naturalschulden des filiusf. an den paterf. Hatte der f. ein peculium und wurde dies

[1]) l. 2 pr., l. 5 pr. D. 14,5; vergl. aber l. 4 § 2 D. eod.

[2]) Vorausgesetzt, daß der f. nicht Erbe seines p. war.

eingezogen, so erloschen seine Schulden bis zum Belaufe desselben[1]). Die Beendigung der patria potestas hatte aber allgemein die Wirkung, daß sich die nat. obl. jetzt unbeschränkt rechtlich betätigen konnte und es gilt hier hinsichtlich der Forderungsakzessorien dasselbe, was bereits bei der nat. obl. des servus manumissus gesagt worden ist.

Aus der vollständigen Rechts- und Verpflichtungsfähigkeit des filiusf. folgt, daß er auch eine Bürgschaftsverpflichtung übernehmen kann; die Unfähigkeit sich fidejussionis nomine zu obligieren, welche den servus prinzipiell trifft, gilt für den filiusf. nicht. Dabei können die beneficia des Bürgen dem filiusf. zustehen, während die eventuelle Regreßklage seinem paterf. vorbehalten ist. Auch für die Schuld seines eigenen paterf. kann sich der Haussohn verbürgen.

l. 10 § 2 D. 46,1. Filius familias pro patre poterit fidejubere nec erit sine effectu haec fidejussio, primo quidem, quod sui juris effectus poterit teneri in id quod facere potest, deinde quod et, dum in potestate manet, condemnari potest[2]).

Der Effekt dieser Verbürgung ist derselbe wie bei jeder Schuld des filiusf. an einen extraneus: der f. kann, dum in potestate manet, verurteilt werden, ist er sui juris geworden, so haftet er in id quod facere potest.

---

[1]) Ueber den Fall, daß die p. p. durch Tod des Vaters endigt und die beiden kontrahierenden filiif. ihn beerben oder nicht, handelt die berühmte lex frater a fratre: l. 38 D. 12,6.

[2]) Vergl. Geib, a. a. O. Seite 111.

§ 5.

Nat. obl. des Pupillen, der sine tutoris auctoritate kontrahiert.

Die bisher behandelten Fälle der nat. obl. sind entstanden als unmittelbare Konsequenzen einzelner fundamentaler Rechtsgrundsätze des römischen Rechts. Die Fälle, über die wir weiterhin reden werden, sind im wesentlichen Erzeugnisse der römischen Jurisprudenz, in denen diese den bereits vorhandenen Begriff der naturalis obligatio ergriff und ausbildete, um mit seiner Hilfe den verschiedenartigsten rechtspolitischen Zwecken gerecht zu werden und insbesondere Forderungen der aequitas einigen Härten des jus strictum gegenüber zur Geltung zu bringen.

Wir beginnen mit der obl. pupilli, der ein Rechtsgeschäft ohne auctoritatis interpositio seines Tutors abgeschlossen hat. Ueber die rechtlichen Folgen dieser Handlung gibt es viel geteilte Ansichten. Sicher ist, daß, wenn der impubes cum tutoris auctoritate einen Vertrag eingeht, für und gegen ihn zivile Berechtigungen und Verpflichtungen entstehen; er kann dann mit der actio aus dem betreffenden Geschäfte direkt belangt werden. Dagegen entstand aus den Geschäften, die er sine tut. auctoritate abschließt, anfangs keine Verpflichtung, nicht einmal eine naturale[1]). Da aber das wirtschaftliche Bedürfnis den pupillus häufig zwingen mochte, Geschäfte abzuschließen, auch wenn der tutor gerade nicht anwesend und zur auct. interpositio bereit war, so mußte ein Ausweg gesucht werden. Dem Gläubiger kam es vor allem darauf an, einen klagbaren Anspruch auf den Betrag seiner Forderung zu erhalten. Gegen den pup. war er rechtlich nicht möglich; es mußte ihn ein dritter auf sich nehmen, und das war der Bürge. Aus praktischem Bedürfnis hinaus

[1]) § 3 J. III, 29; l. 41 D. 12,6. Gewisse Ausnahmen l. 29 pr. D. 10,3; l. 3 § 3 D. 15,1; l. 1 § 15 D. 16,3; l. 33 D. 17,2; l. 46 D. 44,7.

erklärte man fidejussio für zulässig und verbindlich. Die akzessorische Eigenschaft der Bürgschaft verlangte aber eine obligatio principalis, und darum konstruierte man die naturale Haftung des pupillus selbst als Grundlage der fidejussio. „Nicht die naturalis obligatio war vor der Bürgschaft da, sondern um der Bürgschaft willen wurde sie erfunden".[1] Julian ist es, welcher zuerst der nat. obl. pupilli in Verbindung mit der Bürgschaft Erwähnung tut[2], für die Zeit vor ihm läßt sie sich nicht nachweisen[3]. Hatte man einmal eine nat. obl angenommen, so konnte man ihr Betätigungen, die sie als solche ohne Unbilligkeit haben mochte, nicht versagen. Was aber ihre Aufhebung durch Erfüllung anbetrifft, so hat sie die Eigentümlichkeit, daß sie für den eigentlichen nat. debitor, den pup., nur unter gewissen Voraussetzungen erfüllbar ist. Im allgemeinen ist der pup. infolge seiner vollständigen Veräußerungsunfähigkeit nicht imstande, die nat. obl. durch einen Solvierungsakt sine tutoris auctoritate aufzuheben. Leistet der pup. solvendi causa s. t. a., so erwirbt sein creditor kein Eigentum und der pup. wird nicht frei, kann vielmehr vindizieren. Erhält der creditor jedoch unabhängig von der Handlung des pup. aus andern, sachenrechtlichen Gründen das Eigentum an dem solvendi causa Gegebenen, so steht das römische Recht nicht an, der Leistung des pup. nachträglich Solutionscharakter

[1] Krückmann AZPra. Bd. 85 Seite 238; Brinz, Krit. Blätter Nr. 3 Seite 15 ff.

[2] Erwähnt ist die nat. obl. pup. in: l. 13 § 1 D. 12,6; l. 7 § 1 D. 18,5; l. 9 § 2 D. 26,8; l. 19 § 1 D. 12,1; l. 21 pr. D. 35,2; l. 64 pr. D. 36,1; l. 25 § 1 D. 36,2; l. 19 § 4 D. 39,5; l. 1 § 1 D. 46,2; l. 44; l. 95 § 2 § 4 D. 46,3; ferner in den im Text erwähnten Stellen, die von der fidejussio handeln.

[3] Die zivile Haftung des pup. in quantum locupletior factus est ist jünger; sie begründet sich auf ein Reskript des Antoninus Pius und ist eine auf die Billigkeit gestützte Ausnahmeerscheinung.

beizulegen[1]), sodaß der pup. auf diesem Wege mittelbar seine naturale Verpflichtung erfüllen kann. Das ist aber der Ausnahmefall; in der Regel kann der pup. die s. t. a. kontrahierte Schuld nur mit Auktoritas des Tutors oder erst, si pubes factus est, erfüllen. Vielleicht erklärt dies auch, daß in den Quellen die Möglichkeit der Erfüllung mit der Wirkung, daß soluti retentio stattfindet, viel seltener als Beweis für die Existenz dieser nat. obl. angeführt wird als bei den übrigen. Umso häufiger wird dafür von der Zulässigkeit der fidejussio gehandelt. Wohl teils weil der praktischen Notwendigkeit dieser letzteren die obl. nat. ihre Entstehung verdankt, teils weil die Sicherbarkeit durch fidejussio die minimalste Betätigung einer nat. obl. ist[2]).

l. 25 D. 46,1. Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.

Die Interpretation dieser Stelle hat manche Schwierigkeiten gemacht, die aber seit der Erklärung von Pernice[3]) vollständig behoben sind. Soweit die l. cit. den pupillus betrifft, will sie sagen, daß derjenige, welcher für die Naturalschuld eines pup. gebürgt hat, ziviliter verhaftet sei, ohne daß ihm irgend eine Einrede gegen die actio fidejussoria zukomme. Vielleicht hat Marcellus an eine exceptio wie die des S. Cons. Macedonianum gedacht. Die Rücksichtnahme auf die Interessen des impubes kann einen Ausschluß der zivilen Haftung des Bürgen nicht rechtfertigen, weil der Bürge gegen diesen infolge dessen Verpflichtungsunfähigkeit keine Regreßklage haben kann. Soweit

---

[1]) l. 19 § 1 D. 12,1; l. 9 § 2 D. 26,8.

[2]) l. 1 § 2 D. 45,1; Brinz a. a. O. Seite 47.

[3]) Bei Brückmann a. a. O. Seite 250.

die l. cit. den prodigus und furiosus betrifft[1]), können für das justinianische Recht nur solche Obligationen, z. B. ex re, gemeint sein, die auch den Handlungsunfähigen verpflichten[2]).

l. 42 pr. D. 12,2. Creditore, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, jusjurandum deferente pupillus juravit se dare non oportere: eandem pecuniam a fidejussore ejus petit: an excludendus sit exceptione jusjurandi? quid tibi placet rescribe mihi. eam rem apertius explicat Julianus. Nam si controversia inter creditorem et pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenit, ut ab omni condicione discederetur, si pupillus jurasset, isque juraverit se dare non oportere, naturalis obligatio hac pactione tolletur et soluta pecunia repeti potest. Sin vero creditor quidem se mutuam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, quod tutor ejus non intervenisset et hoc tale jusjurandum interpositum est, hoc casu fidejussorem praetor non tuebitur . . .

An sich kommt das jusjurandum als ein den Hauptschuldner befreiendes Moment auch dem Bürgen zu statten, was für die nat. obl. pupilli ausdrücklich erwähnt ist[3]). Schwört also der Pupill, er habe nichts erhalten, so ist auch der Bürge nicht verpflichtet. Pomponius berücksichtigt nun die Möglichkeit, daß sich der fid. des pup. auf den Mangel der auctoritas des Tutors beschränke, dann würde die nat. obl. des pup. von dem jusjurandem nicht berührt werden und somit auch der Bürge weiterhaften. Von besonderer Bedeutung ist der fidejussio für das compromissum, das ein pup. sine t. a. interpositione abschließen will.

[1]) Es handelt sich, wie Pernice gezeigt hat, um einen Zusatz der Kompilatoren.

[2]) Vergl. Schwanert, Seite 377 Anm. 51; Geib a. a. O. Seite 92 Anm. 3.

[3]) l. 95 § 4 D. 46,3.

l. 35 D. 4,8. Si pupillus sine tutoris auctoritate compromiserit, non est arbiter cogendus pronuntiare, quia, si contra eum pronuntietur, poena non tenetur: praeterquam si fidejussorem dederit, a quo poena peti possit . . . .

Hier ist das Vorhandensein eines fidejussor, a quo poena peti possit, die Voraussetzung für die Zulässigkeit der actio aus dem Schiedsvertrag gegen den arbiter. In diesem Falle tritt der Zweck des fidejussio, die Verpflichtungsunfähigkeit des pup. ihrem praktischen Erfolge nach zu beseitigen, deutlich hervor. Ebenso klar ergibt sich dieser Zweck aus

l. 127 D. 45,1. Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fidejussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fidejussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. Esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea.

Der pup. kann rechtlich nicht in Verzug kommen; der servus gilt als durch Zufall untergegangen und der Bürge ist dadurch frei geworden. Außerdem sei der Bürge nur verpflichtet, ut vivo homine conveniatur, daß er dem Gläubiger eine Klage für seine Forderung verschaffe. Da, wo der Gläubiger außer dem persönlichen Anspruch noch einen dinglichen hatte, den er auch gegen den nat. debitor klageweise geltend machen konnte, haftete der fidejussor nur für dolus und culpa des Naturalschuldners bei Erfüllung seiner persönlichen Vertragsverpflichtungen[1]).

Die Frage, ob ein pup. s. t. a. eine obl. fidejussoria übernehmen kann, ist gleichbedeutend mit der, ob er sich überhaupt schlechthin durch promissio verpflichten kann. In den Quellen ist kein Fall einer solchen promissio, die ohne Zuziehung von Bürgen vorgenommen worden wäre, erwähnt. Brinz[2])

[1]) l. 2 D. 46,1: vergl. oben Seite 42 f.

[2]) Brinz, Krit. Blätter Nr. 3 Seite 15 f.

behauptet daher, daß der pupillus s. t. a. durch promissio auch nicht einmal natural gebunden werde. Schwanert[1]) ist derselben Ansicht, da er sogar jegliches naturale debitum als für den pup. selbst nicht verbindlich darstellt. Indessen spricht kein positiver Grund gegen die Annahme einer nat. obl aus der promissio, sodaß man ihr nicht ohne Not eine Ausnahmestellung unter den Rechtsgeschäften einräumen darf. Die Quellenstellen, die mit dieser Ansicht im Widerspruch stehen sollen[2]), tun dies nur scheinbar und können seit der treffenden Erklärung von Krückmann[3]) nicht mehr als Gegenargumente benutzt werden.

Eine Verpfändung für die nat. obl. eines pup. ist in den Quellen nicht besprochen. Wenn sie von einem dritten ausgeht, so kann ihre Rechtswirksamkeit aber nicht geleugnet werden. Denn einmal ist nicht einzusehen, warum Bürgschaft zugelassen, Pfandbestellung aber, mit der doch derselbe Zweck unter Umständen noch besser erreicht werden konnte, nicht statthaft sei, und andrerseits ist die nat. obl. ganz allgemein als hinreichende Grundlage für eine Pfandbestellung in den Quellen mehrfach anerkannt. Will aber der pup selbst ein Pfand für seine naturale Schuld hingeben, so bedarf er hierzu stets der auctoritatis interpositio seines Tutors:

l. 1 pr. D. 20,3 Pupillus sine tutoris auctoritate hypothecam dare non potest[4]).

Dies ist eine Folge seiner gänzlichen Veräußerungs- und Verpflichtungsunfähigkeit. Er kann sogar, wenn er auch

---

[1]) Schwanert Seite 363 ff., insbesondere S. 390 f.

[2]) z. B. l. 41 D. 12,6; l. 58 D. 44,7.

[3]) Krückmann a. a. O. Seite 263 ff.

[4]) Weitere Erfordernisse: l. 1 § 2 § 4; l. 2 D. 27,9; ferner l. 7 § 5 § 6 D. 27,9.

bereicherungsfähig ist, nicht einmal ein Pfandrecht[1]) erwerben ohne Zustimmung des Vormunds:

l. 38 D. 13,7. Pupillo capienti pignus propter metum pigneraticiae actionis necessaria est tutoris auctoritas.

Die Verpflichtungen, die ihm die eventuell mögliche actio pigneraticia directa auferlegen würde, kann er s. t. a. nicht wirksam übernehmen.

Für den pubes factus gilt in entsprechender Weise dasselbe, was vom servus manumissus und dem sui juris gewordenen Haussohn gesagt ist.

---

§ 6.

Nat. obl. contra Sen. Cons. Macedonianum.

Im allgemeinen wurden filiifamilias durch Verträge mit dritten mit der Wirkung verpflichtet, daß den dritten die actio gegen sie erworben wurde. Von dieser Regel wurde durch die Bestimmungen des S. C. Macedonianum eine wichtige Ausnahme gemacht. Das S. C. ordnete nämlich an, daß demjenigen, der einem Haussohn ein Gelddarlehn gegeben hat, keine Klage auf Rückgabe zustehen solle, ne actio petitioque daretur[2]). War das mutuum mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung oder im direkten Interesse des Vaters genommen, so cessat Sen. Cons[3]). Ebenso entfällt es, wenn der Haussohn aus eigenem Vermögen zahlungsfähig ist; denn die ratio legis will nur den Vater schützen und dieser Schutz ist nicht nötig, wenn der Sohn die Schuld aus eigenem Vermögen zahlen

[1]) Sintenis (Pfandrecht Seite 220) beschränkt die Unfähigkeit auf den Erwerb eines pignus; anders aber Dernburg, Pfandrecht Bd. I Seite 203 Anm. 7.

[2]) l. 1 pr. D. 14,6.

[3]) l. 7 § 11; l. 12—14; l. 16, 17 D. 14,6; l. 47 § 1 D. 46,3.

kann.[1]) In allen andern Fällen aber, auch wenn unter Vorschiebung eines andern Geschäftes in fraudem S. Cti. gehandelt werden sollte, wurde dem Gläubiger die actio verweigert. Die römische Jurisprudenz konstruierte nun unter Berücksichtigung der Absicht des Gesetzes und des Interesses aller Beteiligten die Verpflichtung des filiusf. zur Rückgabe des Darlehns an den Gläubiger als eine naturale[2]). Die Ansicht von der Pfordtens, das Darlehn contra S. C. M. habe eine obl. civilis und eine obl. naturalis erzeugt, und es sei in odium creditoris bestimmt worden, ut actio summoveri possit exceptione, quae naturalem obligationem non tollit[3]), ist nicht zu billigen. Ebensowenig überzeugend ist die Auffassung von Sintenis[4]), es entstände von vornherein nur eine obl. nat. Wenn der Gläubiger aus dem mutuum klagen wolle, so schütze der Hausfohn die exceptio S. Cti. vor. Durch das Vorbringen dieser exceptio werde aber nicht etwa zugegeben, daß das Recht des Gläubigers an sich zwar entstanden sei, der Schuldner aber aus irgend einem Grunde trotzdessen nicht zur Leistung verpflichtet sei, sondern es werde dargetan, daß unter diesen Umständen eine actio des Klägers nicht entstanden sei; die exceptio sei nur deshalb erforderlich, um auf das Vorliegen dieser Umstände hinzuweisen. Werde sie nicht geltend gemacht, so müsse der formell — aber auch nur formell — berechtigten actio des creditor nachgegeben werden. Vielmehr ist mit der

[1]) l. 1 § 3, l. 2 D. 14,6.

[2]) l. 9 § 5; l. 10; l. 11 D. 14,6 . . . quia naturalis obligatio manet . . .; l. 14 D. 12,1; l. 19 D. 46,2; l. 26 § 9; l. 40 pr. D. 12,6. Man hat auf Grund dieser letzteren Stelle in Verbindung mit l. 19 pr. D. 12,6 das Vorhandensein einer Naturalobligation überall da angenommen, wo eine actio in odium ejus cui debetur nicht entsteht. Vergl. aber dagegen Windscheid, Pand. § 289 Note 22 Seite 189.

[3]) Von der Pfordten, De oblig. civilis in naturalem transitu p. 12.

[4]) Sintenis, Zivilrecht Bd. II Seite 520 Anm. 40.

herrschenden Meinung anzunehmen, daß das mutuum contra S. C. an sich eine obl civilis, der aber eine exceptio perpetua entgegenstehe, begründe[1]). Die formell und materiell begründete[2]) actio des creditor wird durch eine dauernde Einrede sistiert. Da aber das ganze Rechtsgeschäft nicht für nichtig erklärt war, so lag es nahe, eine nat. obl. anzunehmen, die man ja schon von den Geschäften der Sklaven und Hauskinder her kannte. Die naturale Darlehnsschuld kann der filiusf. durante patria potestate nicht selbständig aufheben, wenn er kein eigenes Vermögen besitzt. Es gilt jedoch für ihn dasselbe, was von der Erfüllung der nat. obl. eines pupillus durch diesen gesagt worden ist[3]). Leistet der Hausſohn die Zahlung mit Zustimmung seines Vaters, so liegt darin die stillschweigende Genehmigung der Schuld durch den letzteren; dadurch entfällt das S. C.; die Schuld wird zu einem debitum civile, das mit dem Willen des Vaters solviert wird. Zahlte der filiusf. die Schuld, nachdem er paterf. geworden ist, so zeigt sich deutlich, daß er natural gebunden war, es findet soluti retentio des irrtümlich Geleisteten statt[4]). Die exceptio des S. C. M. hatte die Besonderheit, daß sie noch gegen die actio judicati vorgebracht werden konnte, wenn sie vorher nicht geltend gemacht worden und infolgedessen Verurteilung eingetreten war.[5]) Der besondere Zweck des S. C. Mac. hat auch eine besondere Gestaltung der Sicherungsverhältnisse hervorgerufen. Bei allen bisher behandelten Fällen sahen wir, daß sich der Bürge niemals auf die Klaglosigkeit der Hauptschuld berufen konnte, um sich ebenfalls von einer zivilen Haftung zu befreien. Im Gegen-

---

[1]) Schwanert Seite 345 f.; Dietzel, S. C. Mac. Seite 102.

[2]) So Dueckers, S. C. Mac. p. 40 f. unter Berufung auf § 5 J. 4,13; anders Schwanert Seite 345 ff.

[3]) Vergl. oben Seite 56 f.

[4]) l. 7 § 16 D. 14,6.

[5]) l. 11 D. 14,6.

teil: wenn der Bürge im allgemeinen nur für die faktische oder mögliche faktische Unsicherheit und Unfähigkeit des Schuldners Gewähr leisten sollte, so wurde Bürgschaft für eine Naturalschuld vor allem gerade deswegen verlangt, um eine rechtliche Handhabe, die gegen den nat. debitor fehlte, auf den Betrag der Schuld wenigstens gegen einen dritten zu erhalten. Anders aber bei der fidejussio für eine nat. obl. contra S. C. M.; hier konnte der fidejussior unter Umständen mit derselben exceptio, die dem Hauptschuldner zustand, Abweisung der actio ex stipulatu verlangen.

l. 9 § 3 D. 14,6. Non solum filio familias et patri ejus succurritur, verum fidejussori quoque et mandatori ejus, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit[1].

Man hat behauptet, die Stelle wolle besagen: der Bürge hat die Einrede ebenso wie der Haussohn und -vater, nur in einem Falle hat er sie nicht, wenn er nämlich donandi animo interzediert. Diese Interpretation ist zu eng und verkennt den Grund der Bestimmung. Der Bürge hat die Einrede nicht darum nicht, weil und wenn er donandi animo interzediert, sondern weil und wenn er keinen Regreßanspruch gegen den Haussohn hat. Die Interzession don. animo ist nur ein Beispiel eines Falles, in dem der Regreßanspruch fehlt; die Begründung ‚cum nullum regressum habeant' wäre ja vollständig überflüssig, wenn es nicht gerade darauf ankäme. So oft der Bürge einen Regreßanspruch gegen den Haussohn hat, kann er auch die exceptio gebrauchen. Gebraucht er sie nicht, so verliert er dadurch sein Regreßrecht. Dieser Verlust tritt nicht etwa ein weil der Bürge im Interesse seines Auftraggebers verpflichtet wäre, den Gläubiger durch erlaubte Schutz-

[1] Ferner l. 7 pr. D. 14,6; l. 7 § 1 D. 44,1.

zurückzuweisen[1]; das Mandat könnte ja diese Verpflichtung ausdrücklich ausschließen. Vielmehr muß man dem Bürgen den Regreß absprechen, weil das S. C. Mac. diesen Rückgriff auf den Haussohn überhaupt mißbilligt, und gerade um ihn unmöglich zu machen, dem Bürgen die Einrede gibt.[2] Außerdem wäre sonst eine Umgehung des S. C. in die Willkür des Bürgen und Hauskindes gestellt. Hat der Bürge jedoch keinen Regreßanspruch, so steht ihm auch keine Einrede zu. Diese Anordnung entspricht ganz der ratio legis des S. C. Der filiusf. sollte zur Strafe des Gläubigers jeglicher actio aus der perniciosa datio pecuniae enthoben sein, sowohl einer unmittelbaren, der condictio mutui, als auch einer mittelbaren, der Regreßforderung des Bürgen. Diesen Zweck konnte man auf zwei Arten erreichen; entweder gab man dem Haussohn die exceptio S. Cti. auch gegen die Regreßklage des fidejussor, oder man gab sie dem regreßberechtigten Bürgen an die Hand, der sie geltend machen mußte, oder die actio mandati contraria verlor, sodaß ein Regreß gegen den Haussohn überhaupt nicht praktisch werden konnte. Man wählte das Letztere, weil sonst der Bürge unbilligerweise mehr benachteiligt gewesen wäre als der Gläubiger. Ebenso wie der Hauptschuldner kann der Bürge die Einrede, wenn er sie im Prozeß vorzubringen versäumt hat, noch gegen die actio judicati geltend machen.[3]

Das Gesagte gilt von dem Bürgen, den der filiusf. durante patria potestate bestellt hat, aber nur in sofern, als die exceptio auch dem Hauptschuldner zusteht. Steht sie diesem von vornherein oder aus einem später eintretenden Grunde nicht zu, so muß sie auch dem Bürgen versagt werden, da dann eine Rücksichtnahme auf Vater und Sohn nicht oder nicht mehr erforderlich sein wird, es sei denn, daß der Bürge nur für die exzeptions-

[1] So Hasenbalg Seite 315.
[2] Ebenso Dueckers a. a. O. p. 50.
[3] l. 11 D. 14,6.

mäßige Hauptschuld eintreten wollte. Die dem Bürgen einmal erworbene Einrede kann ihm wider seinen Willen nicht wieder verloren gehen, insbesondere nicht dadurch, daß der Hausſohn auf seine Einrede verzichtet, die Darlehnsschuld also dadurch zur zivilen wird.[1] Stellt der Hausſohn einen Bürgen, nachdem er pater familias geworden ist, so kann dieser die Einrede nicht gebrauchen. Weniger weil in der Bürgenstellung des paterf. factus eine Anerkennung der Naturalschuld läge, mithin Bürgschaft für ein debitum civile vorläge,[2] als weil das S. C. M. nicht die Absicht haben kann, den debitor gegen die von ihm als pater familias begründete actio mandati contr. zu schützen.

Die Einrede läßt jedoch beim Bürgen ebenso wie beim Hauptschuldner eine obl. naturalis übrig.

l. 9 § 4 D. 14,6. Et hi tamen, qui pro filio familias sine voluntate patris ejus intercesserunt, solvendo non repetent: hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros, atquin perpetua exceptione Auti sunt: sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.

Und zwar wird die obl. fidejussoria regelmäßig ebensolange ein debitum naturale bilden, als die Hauptschuld ein debitum ist.

Verbürgt sich jemand ohne Auftrag oder Wissen des Hausſohnes, so kann er die Einrede aus dem S. C. nicht geltend machen. Der zu befürchtende Regreß, den die Einrede vermeiden will, ist in diesem Falle nicht möglich. Eine solche Verbürgung wird wohl, abgesehen von dem Falle der negotiorum gestio, in welchem der Bürge Regreß und Einrede hat, immer

[1] Vergl. die bei Hasenbalg Seite 330 Anm. 5 zitierten Entscheidungen.

[2] So Hasenbalg Seite 155.

donandi animo geschehen. Man hat hierin eine Umgehung des S. C. erblicken zu müssen geglaubt; wohl zu Unrecht, denn das S. C. kann doch nicht mißbilligen wollen, daß ein dritter den Hausſohn schenkungsweise befreit und den Gläubiger befriedigt.

Bestellt der Vater für die Darlehnsschuld seines Sohnes einen Bürgen, so genehmigt er damit die obligatio und entzieht sie dem S. C. Stirbt der filiusf. vor Aufhebung der patria potestas, so kann der Vater keinen Bürgen mehr stellen, weil es an jeglicher obligatio fehlt, die Grundlage für die fidejussio sein könnte.

l. 11 D. 46,1. Qui contra senatus consultum filio familias crediderit, mortuo eo fidejussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent[1]).

Die nat obl. wirkt in keiner Weise gegen den Vater und ein hereditas ist beim Tode eines filiusf. rechtlich unmöglich[2]). Wenn freilich der Vater für die Verbindlichkeit seines Sohnes de peculio verhaftet war, so kann bis zum Belauf dieser actio de peculio eine fidejussio wirksam bestellt werden, denn der Tod des filiusf. ist für den Bestand dieser Haftung belanglos[3]).

Die Verbindlichkeit eines Hausſohnes aus einer übernommenen Bürgschaft fällt an sich natürlich nicht unter den Schutz des S. C. Mac. Nun bedenkt aber Julian einen Fall, in dem der Hausſohn, der in Wirklichkeit das Darlehn erhält, sich pro forma als Bürge verpflichtet, während ein anderer sich als Hauptschuldner ausgibt. Hier, sagt der Jurist, sei in fraudem legis gehandelt, und sowohl der Hausſohn als auch der andere könnten sich der exceptio S. Cti bedienen.

[1]) l. 18 D. 14,6.
[2]) Dernburg, Pfandrecht Bd. II Seite 579 Anm. 12.
[3]) l. 12 D. 46,1; l. 18 D. 14,6

l. 7 pr. D. 14,6. Item si filius familias fidejusserit, Neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait. idem Celsus libro quarto. sed Julianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuam accepturns erat, fidejuberet alio reo dato, fraudem senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fidejussori filii subvenitur.

Die gleiche Entscheidung gibt der Jurist für den Fall, daß sich der Hanssohn, der das Darlehn erhält, und ein dritter als correi verpflichten; dann sei dem dritten eine utilis exceptio zu gewähren:

l 7 § 1 D. 14,6. Idem ait, si duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset perventura pecunia, ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fidejussor auxilio senatus consulti uteretur, utilem exceptionem adversus fraudem dandam.

Hier hat also der eine correus, der materiell Bürge ist, die Einrede aus der Person des anderen correus genau so, wie wenn er sich formell verbürgt hätte. Der Inhalt der l. 7 § 1 cit. steht mit dem Satze, daß nur der regreßberechtigte Bürge die Einrede des S. C Mac. vorschützen könne, nicht im Widerspruch, wenn man annimmt, daß sich unter dem formellen Gewande der Korrealschuld materiell eine Bürgschaft des Titius verbirgt, die, wie im allgemeinen, dem Gläubiger ein klagbares, exzeptionsfreies Recht gegen den Bürgen verschaffen soll ohne dem letzteren seine Regreßforderung gegen den Hauptschuldner zu verkürzen. Die gleiche Annahme scheint im pr. derselben lex gerechtfertigt. Man darf aus den zitierten Stellen nicht folgern, daß dem Bürgen die Einrede prinzipiell zustehe, sondern daß sie ihm, falls sie ihm rechtlich begründet war, nicht durch verdeckende Geschäfte genommen werden könne.

Ein Pfandbestellung kann ein Hausſohn, der kein freies Vermögen hat, für ſeine Naturalſchuld contra S. C. Mac. überhaupt nicht ohne ausdrückliche Zuſtimmung ſeines Gewalthabers annehmen. Hat der filiusf. ohne dieſelbe eine Sache aus dem Eigentum des Vaters oder aus einem eingeräumten Peculium hingegeben, ſo kann ſie der Vater vindizieren; das gilt ſelbſt dann, wenn die Darlehnsſchuld jussu patris übernommen, alſo klagbar iſt.[1])

l. 7 § 2 D. 14,6. Set et si filius familias patre suo relegato vel longo tempore absente dotem pro filia promiserit et rem patris pignori dederit, senatus consultum cessabit, patris tamen res non tenebitur: plane si patri heres exstiterit filius et pignus persequatur, exceptione doli summovebitur.

Hat der Hausſohn eine derartige unwirkſame Verpfändung vorgenommen, ſo kann er ſich hinterher, nachdem er ſeinen Vater beerbt hat[2]), nicht auf die Unwirkſamkeit berufen und von dem Gläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen; jedenfalls dann nicht, wenn die Darlehnsſchuld nicht unter das S. C. fiel. Der Gläubiger konnte durch exceptio doli Abweiſung der rei vindicatio erlangen. Fiel aber die Schuld unter das S. C., ſo trifft die Entſcheidung der l. 7 § 3 cit. nicht zu. Die Pfandbeſtellung bleibt unwirkſam, weil der Sohn dem Gläubiger durante patria potestate keine petito einräumen kann, und die exceptio S. Cti. ihm durch Beerbung ſeines Vaters nicht verloren geht. Hiernach läßt ſich auch in entſprechender Weiſe die Entſcheidung fällen, wie es zu halten ſei, wenn der Gläubiger die verpfändete Sache noch nicht beſaß, ſondern die actio hypothecaria anſtrengte. Hatte der Sohn für ein debitum civile verpfändet und ſpäterhin Eigentum an der Pfandſache erworben, ſo mußte der Klage des Gläubigers ſtattgegeben

[1]) l. 3 § 2; l. 9 § 1 D. 14,6; l. 94 § 3 D. 46,3.

[2]) Vergl. l. 41 D. 13,7.

werden; die exceptio des Hausſohnes, er ſei nicht Eigentümer geweſen, wird durch replica doli entkräftigt[1]). Hatte der filiusf. für ein nat. debitum contra S. C. verpfändet, ſo wird die petitio des Gläubigers mit der exceptio S. Cti. ſiſtiert. War dem filiusf. ein peculium eingeräumt, ſo bedurfte die Verpfändung für die Naturalſchuld contra S. C. gleichwohl ſpezieller Permiſſion, wenn ſie aus Mitteln des Pekuliums vorgenommen werden ſollte, da dieſes regelmäßig in keiner Weiſe für die Schuld verhaftet war[2]) und das Pfandrecht nicht in ſeinem Intereſſe konſtituiert werden konnte. Soweit der Sohn durante patria potestate ohne Willen ſeines Gewalthabers eine Sache aus eigenem Vermögen wirkſam verpfänden kann, kann er das auch für die Schuld contra S. C. Denn wenn überall da, wo der Sohn aus eigenem Vermögen die Darlehnsverbindlichkeit zu erfüllen imſtande iſt, das S. C. überhaupt nicht zur Anwendung kommen will[3]), ſo iſt es nicht einzuſehen, warum, wenn aus einem ſolchen Vermögen ein Pfandrecht gewährt worden iſt, der actio hypothecaria die exceptio S. Cti. entgegengeſetzt werden könne. Freilich cessat S C. nur usque ad pignoris quantitatem, wie es ja auch für die Hauptſchuld nur bis zum Belauf des freien Eigentums des Hausſohnes entfällt. Nach Beendigung der väterlichen Gewalt kann der Sohn ein Pfand unbeſchränkt beſtellen.

l. 9 pr. D. 14,6 Sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit senatus consulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.

Man hat behauptet, in der vom paterfamilias factus erfolgten Hingabe eines Pfandes ſei ein Verzicht auf die Einrede des S. Cti. d. i. eine Anerkennung der Schuld zu erblicken. Dieſer Verzicht erſtrecke ſich aber nur auf den dem Wert des

[1]) Büchel a. a. O. Seite 141.
[2]) l. 3 § 2 D. 14,6; l. 94 § 3 D. 46,3; l. 6 C. 4,28.
[3]) l. 2 D. 14,6.

verpfändeten Gegenstandes äquivalenten Teil der Schuld. Wenn nun auch der Vater durch konkludente Handlungen die Schuld des Sohnes ratihabieren kann[1]), so ist es doch bedenklich, aus der Vornahme von Sicherungsgeschäften von Seiten des Sohnes auf dessen stillschweigend erklärten Willen, die Hauptschuld zu genehmigen, zu schließen. Es ist auch garnicht nötig hier einen Verzicht auf die Einrede anzunehmen. Das Sen. Cons. verbietet jeglichen Zwang gegen den Haussohn; Handlungen aber, in denen der Schuldner, wenn er selbständig geworden ist, sich freiwillig zur Erfüllung anbietet oder die Erfüllung möglich macht oder sicher stellt, will das S. C. nicht verhindern. Aus diesem Grunde ist auch das von ihm eingeräumte Pfandrecht verbindlich. Durch die Pfandbestellung wurde die exceptio gegen die Hauptschuld an sich nicht berührt; wenn nun die römischen Juristen sie aber dennoch usque ad pignoris quantitatem denegieren — was sie allerdings zögernd tun —, so wird damit dem Gläubiger nicht mehr gegeben, als er schon hatte, und der Schuldner zu nichts weiterem verpflichtet, als er sich schon ohnehin verpflichtet hatte. Denn die exceptio wird nur usque ad pignoris quantitatem denegiert, sodaß der Gläubiger immer nur den Wert der freiwillig eingeräumten Sicherheit fordern kann. Auch bei einer Teilzahlung des paterf. factus entfällt die exceptio nur für den gezahlten Teil, während der Rest als Naturalschuld bestehen bleibt.[2]) Nimmt der Vater für das nat. debitum seines Sohnes eine Verpfändung vor, so entfällt allemal das Sen. Cons. Hier liegt in der Sicherung eine Genehmigung, die der Vater zweifellos ganz formlos, ausdrücklich oder stillschweigend erklären kann. Ebenso liegt eine Genehmigung in

[1]) l. 7 § 15 D. 14,6 — cessabit s. c., si pater solvere coepit . . . quasi ratum habuerit. l. 7 E. 4,28.

[2]) l. 7 § 16 D. 14,7 „denn es ist nicht abzusehen, weswegen teilweise Zahlung eine weitergehende Wirkung haben sollte als teilweise Verpfändung": Windscheid, Pand. § 373 Note 17 Seite 589.

einer Teilzahlung des Vaters, sodaß dadurch die ganze Schuld dem S C. entzogen wird.[1]) Geht die Pfandbestellung von einem dritten aus, so sollen dieselben Grundsätze Anwendung finden, wie wenn sich ein dritter für die Naturalschuld des filiusf. verbürgt.

l. 2 D. 20,3. Si alius pro muliere quae intercessit dederit hypothecam, aut pro filio familias cui contra senatus consultum creditum est, an his succurritur, quaeritur. et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur succuri ei, sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio sed et in eo, qui pro filio familias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fidejussore ejus.

Demnach kommt es für die Frage, ob der Verpfänder die exceptio gegen die actio hyp. des Gläubigers vorbringen kann, lediglich darauf an, ob er einen Regreß gegen den filiusf. hat oder nicht; im ersteren Falle ist der exceptio am Platze, im letzteren nicht.

Die l. cit. hat die Behauptung beweisen sollen, daß die Pfandbestellung in den Fällen, in welchen die Hauptobligation kein klagbares Recht gewähre, ebenfalls keine actio (hyp.) entstehen lasse, weil ihr stets die Einrede der Hauptobligation entgegengesetzt werden könnte. Aber die Richtigkeit der Verpfändung für die Verbindlichkeit einer Frau, quae intercessit, beweist die Richtigkeit dieser Behauptung nicht, weil es sich in diesem Falle um eine peremptorisch exceptionsmäßige Obligation handelt, für die eben um dieser peremptorischen Exceptionsmäßigkeit willen kein Pfandrecht bestellt werden kann, ebensowenig wie dafür Bürgschaft geleistet werden kann[2]). Und die

[1]) l. 7 § 15 D. 11,6.

[2]) Vergl. oben Seite 16 ff. Anders: Mandry, a. a. O. Bd. I Seite 478 ff.

Gewährung der exceptio zugunsten des Verpfänders und fidejussor bei der Darlehnsschuld contra S. C. Mac. erweist sich als eine Sondererscheinung bei dieser nat. obl.

B.

Die Sicherungsverbindlichkeiten bei Obligationen, denen durch gewisse Vorgänge die ursprüngliche Klagbarkeit genommen ist.

Bisher war stets von Naturalobligationen die Rede, die von vornherein als naturale Obligationen entstehen; der Grund, weshalb ihnen die actio fehlt, ist immer bereits zur Zeit ihrer Entstehung vorhanden; sie sind eben darum Naturalobligationen, weil ihnen keine actio erwachsen konnte, oder weil – wie beim mutuum contra S. C. Mac. — der gegebenen actio von Anfang an eine exceptio gegenüberstand. Nun gibt es aber auch Fälle, in denen ursprünglich zivile Obligationen aus irgend welchen Gründen als solche untergehen und als Rest obligationes naturales übrig lassen; diese letzteren nat. obl. sind also keine primären Erscheinungen, sondern lediglich restierende Bestandteile früher ziviler Obligationen. Verliert nämlich eine obl. civilis die Klagbarkeit, so kann sie gleichwohl noch als obligatorisches Rechtsverhältnis bestehen bleiben, denn der Umstand, der die Fortexistenz der actio unmöglich macht, kann sehr wohl den materiellen Schuldinhalt, die causa solvendi, unberührt lassen. Vernichtet der die actio aufhebende Umstand allerdings zugleich die causa solvendi, so ist die ganze Obligation zerstört, ohne daß noch irgend etwas zurückbleiben könnte; so: solutio, datio in solutum, compensatio, novatio, acceptilatio, transactio und contrarius consensus. Wird aber nur die actio aufgehoben, so können der bestehenbleibenden nat. obl. alle Wirkungen und Betätigungen möglich bleiben, die für die ursprünglich zivile Obligation denkbar waren. Jedoch kann der

Grund, aus dem hinaus die actio wegfällt, mehr oder weniger stark das ganze Obligationsgebilde beeinflussen, und so werden je nach diesem Grunde die Wirkungen der restierenden nat. obl verschieden sein.

§ 7.

Nat. obl. nach eingetretener capitis diminutio minima.

Wir beginnen mit einem Vorgang, der von einschneidender Bedeutung für die gesamten Rechtsverhältnisse des Betroffenen wurde, der capitis diminutio. Cap. dim. ist die Veränderung der juristischen Persönlichkeit eines Menschen in der Weise, daß an Stelle der früheren Persönlichkeit, die als untergegangen behandelt wird, eine neue rechtlich verminderte tritt. Die Wirkungen der cap. dim. sind verschieden je nachdem, worin die Beschränkung der neuen Persönlichkeit gegenüber der alten besteht; sie sind bei der cap dim. maxima und media größer als bei der minima. Die cap. dim. maxima und media scheiden für unsere Betrachtungen aus, da sie keine obl. nat. bestehen lassen, sondern ‚tota obligatio extincta est'[1]. Schwanert[2] will aus den Stellen l. 5 pr. D. 2,8 und l. C. 8,40, in denen die Fortdauer der Haftung der Fidejussoren trotz erfolgter cap. dim. media bezeugt wird, unter analoger Anwendung der Konstruktion der l 61 pr. D. 36,1 folgern, daß propter fidejussores und propter pignus naturalis obligatio remanet. Schwanert gibt aber selbst zu, daß der restierenden nat. obl. jede andere Lebensbetätigung abgeschnitten sei, daß z. B. eine fidejussio nach Eintritt der cap. dim. media nicht mehr mög-

[1]) l. 47 pr. D. 46,1; § 6 J. I, 16; l. 4 § 11 D. 38,10; l. 14 § 1 D. 46,2.

[2]) Schwanert Seite 418 ff.

lich ist[1]). Allein es ist durchaus nicht nötig und nicht richtig, die Existenz einer nat. obl. nach eingetretener cap. dim maxima und media anzunehmen. Wenn zwar auch die Behauptung Schwanerts, „daß aus dem Vorhandensein resp. dem Fortbestand einer fidejussio, sobald derselben keine civ. obl. zu Grunde liegt, mit Sicherheit auf die Existenz einer nat. obl. geschlossen werden könne,[2]) berechtigt ist, so folgt hier aus dem Bestehenbleiben der obl. fidejussoria doch eben darum nicht die Existenz einer nat. obl., weil die civ. obl. nicht vollständig erloschen ist. Zwar ist der Hauptschuldner endgültig weggefallen und freigeworden, die Hauptobligation aber als solche nicht aufgehoben, was sich insbesondere darin dokumentiert, daß für sie ein „Vermögenskomplex" weiterhaften kann; und darum haftet der fidejussor regelgemäß[3]) auf Grund der — allerdings verstümmelten — Hauptobligation weiter. Dagegen ist für die cap. dim. minima ausdrücklich ausgesprochen, daß nach Wegfall der actio eine nat. obl. übrigbleibe.

l. 2 § 2 D. 4,5. Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter . . .

Cap. dim. minima tritt ein als Folge dreier Rechtsgeschäfte, der arrogatio, adoptio und emancipatio, deren Darstellung im einzelnen nicht hierher gehört. Die Sicherungsgeschäfte sind in den Quellen im Zusammenhang mit der cap. dim. minima nicht erwähnt, wie überhaupt der nat. obl. nach eingetretener cap. dim minima wenig Erwähnung geschieht. Das erklärt sich wohl daraus, daß schon frühzeitig die prätorische aequitas gegen die unbillige Konsequenz des jus strictum reagierte und

---

[1]) l. 47 pr. D. 46,1; l. 14 § 1 D. 46,2.

[2]) Schwanert Seite 202.

[3]) Es handelt sich hier keineswegs um „exzeptionelle Bestimmungen des Bürgschaftsrechts", wie Klingmüller a. a. O. S. 95 Anm. 2 meint.

die ursprünglich vollständig untergegangene actio restituierte[1]. Auf die Haftung des fidejussor hat die cap. dim. minima keinen Einfluß, denn regelmäßig haftet dieser unverändert fort, wenn die obligatio principalis von einer zivilen zu einer naturalen wird. In diesem Falle muß er um so eher weiterhaften, als die obligatio principalis durch die cap dim. minima des Hauptschuldners infolge der regelmäßig gewährten prätorischen Restitution eigentlich garnicht ihre Klagbarkeit verliert. Auch nach erfolgter cap. dim. und vor verliehener Restitution kann ein Bürge angenommen werden und debitoris nomine haften. Was von der Bürgschaft gesagt ist, gilt in derselben Weise vom Pfandrecht.

§ 8.

Nat. obl. post. litis contestationem.

Ein zweiter Vorgang, der die Obligation ihres charakteristischen Merkmals, der actio, beraubt, war der Prozeßbeginn, die litis contestatio. Man hat häufig die litis contestatio mit einer novatio identifiziert, bei der sich der Anspruch des Klägers auf dari oportere in condemnari oportere verwandele. Richtig ist, daß die ursprüngliche obligatio, dadurch daß sie in judicium deduziert wurde, die actio verliert. Eine Konsumtion, eine Aufhebung der obligatio in ihrem ganzen Umfange lag aber keineswegs in der litis cont., weshalb sie auch durchaus nicht gleichbedeutend mit novatio oder solutio[2] ist. Vielmehr blieb gerade die in der ursprünglichen obligatio liegende causa solvendi unberührt, sodaß die Fortexistenz einer nat. obl. post litis contestationem allgemein angenommen wurde. Außerdem bestand neben dieser naturalen noch die zivile Obligation auf

[1] l. 2 § 1 D. 4,5.
[2] l. 11 pr. D. 13,7.

Kondemnation. Betätigungen der nat. obl. p. litis cont. sind in den Quellen mehrfach erwähnt[1]. Der Einfluß der litis cont. auf bestehende Akzessionen ist für Bürgen und Pfänder verschieden. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der fidejussor bei Erhebung der Klage gegen den Hauptschuldner allemal frei wurde. Diese Befreiung läßt sich sehr wohl mit dem Fortbestand einer nat. obl. p. litis cont. vereinbaren; der Bürge wurde nicht frei, weil nunmehr keine Grundlage für seine fernere Haftung bestanden hätte, sondern weil die Römer von der Annahme ausgehend, daß Bürge und Hauptschuldner — wie bei paritätischen Korrealobligationen — eine einheitliche Obligation übernommen hätten, die litis contestatio mit dem einen für den andern objektiv befreiend wirken lassen mußten. Diese Befreiung konnte aber für den nicht prozessierenden correus nicht größer sein als für den prozessierenden; es blieb daher der fidejussor, wenn gegen den Hauptschuldner die Klage angestrengt worden war, ebensogut wie dieser naturaliter verpflichtet.

War die Verbürgung vermittels des constitutum debiti alieni geschehen, so trat nach der herrschend gewordenen Ansicht eine Befreiung des Konstituenten durch litis cont. mit dem Hauptschuldner nicht ein.[2]

Für das justinianische Recht hat die l. 28 C. 8,40 den konsumierenden Einfluß des Prozeßbeginns mit dem Bürgen oder Schuldner für die Obligation des andern aufgehoben[3].

Auf ein bestehendes Pfandrecht konnte die litis cont. mit dem Hauptschuldner niemals aufhebend wirken[4]. Der Grund, der die fidejussio zum Erlöschen bringt, das Korrealverhältnis

[1] l. 60 pr. D. 12,6; l. 8, l. 18 pr. D. 16,2; l. 28 D. 12,6; l. 18 § 3 D. 13,5; l. 35 D. 22,1 und die im Text angeführten Stellen.

[2] l. 18 § 3 D. 13,5.

[3] Vergl. darüber ausführlich Geib, Seite 23 ff.

[4] l. 11 pr. § 1 D. 13,7.

mit der obligatio des Hauptschuldners, ist bei der Pfandbestellung nicht vorhanden, und durch die litis cont. ist das debitum weder solutum, was Ulpian unter Gegenüberstellung von litis cont. und novatio ausdrücklich hervorhebt[1], noch eo nomine satisfactum ist[2]; das Pfand haftet also weiter. Dies stimmt auch mit dem von Ulpian l. 14 § 1 D. 20,1 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze überein, daß überall da, wo die obl. civilis unter Zurücklassung einer nat. obl. zu Grunde gehe, das Pfand forthafte.

Vor der litis cont. ist eine Verbürgung für die nat obl. p. litis cont. nicht möglich. Wäre sie statthaft gewesen, so hätten die Römer sie sicher benutzt, um ein einfaches Mittel zu gewinnen, die zerstörenden Wirkungen des Prozeßbeginns zu vermeiden. Nach der litiscont. kann sowohl für die restierende nat. obl. als auch die entstandene Prozeßobligation Bürgschaft geleistet werden.

l. 8 § 3 D. 46,1. Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio: et hoc et Julianus admittit eoque jure utimur.

Die erwähnte obl. civilis ist der Anspruch auf Kondemnation resp. nach erfolgter Kondemnation auf Erfüllung des Judikats; die Fortsetzung der lex cit. beschäftigt sich nur mit dieser zivilen Obligation. Es scheint daher zweifelhaft, ob man aus der Begründung, quia et civilis et naturalis subest obligatio folgern könne, daß eine Bürgschaftsleistung möglich sei lediglich für den nach der Konsumtion der actio übriggebliebenen naturalen Bestandteil der obligatio principalis. Allerdings scheint die Berufung auf Julian die anerkannte Autorität in allen Fragen betreffend die obligationes naturales — und die Praxis für diese Annahme zu sprechen. Die Behauptung, daß Bürgschaft für die Prozeßobligation zulässig sei, bedurfte

[1] l. 11 pr. § 1 D. 13,7.
[2] l. 13 § 4 D. 20,1.

wohl kaum dieses doppelten Zeugnisses. Nicht zu billigen ist jedenfalls die Ansicht von Windscheid[1], der — er leugnet den konsumierenden Einfluß der litis cont. — den Satz ‚quia et civilis et naturalis subest obligatio' auf nur eine Obligation bezieht, von der der Jurist sagen wolle, daß sie eine Obligation „sowohl nach rechtlicher als nach natürlicher Betrachtung" sei; diese Interpretation tut in unnatürlicher Weise dem Wortlaut Zwang an.[2] Außerdem finden wir noch an einer anderen Stelle die Zulässigkeit der Bürgschaft für eine nat. obl. p. litis cont. ausgesprochen:

l. 50 § 2 D. 15,1 Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si judicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.

Man hat die Beweiskraft dieser Stelle für unsere Ansicht bestritten[3], indem man behauptete, die nat. obl. des servus und die civilis des dominus seien zwei verschiedene selbstständig nebeneinander stehende Gebilde, und die hier erwähnte Bürgschaft trete zu der nat. obl. des servus hinzu, die von der Litiskontestation überhaupt nicht berührt worden sei; von einer nat. obl. post. litis cont. sei also garnicht die Rede. Allein demgegenüber ist zu betonen, daß ein derartiger Unterschied zwischen den Passivobligationen des servus (filiusf.) und der actio de peculio des dominus (paterf.) nicht angenommen werden darf.[4] Naturale Haftung des einen und zivile des

[1] Windscheid, Aktio Seite 57.

[2] Vergl. gegen Windscheid ausführlich Schwanert Seite 429.

[3] Von der Pfordten A. Z. Pra. Bd. 24 Seite 130; Windscheid, Aktio Seite 56.

[4] Vergl. Keller, Litiskontestation Seite 420 ff. und die bei Fein, A. Z. Pra. Bd. 26 Seite 370 angeführten Schriftsteller.

andern beruhen auf demselben Rechtsakte und erstrecken sich auf dieselbe res. Es ist objektiv nur ein Recht vorhanden, das gegen mehrere geltend gemacht werden kann; daß die Haftung des dominus begrenzt ist, ändert hieran nichts. Getrenntes Schicksal bei der Obligation ist demnach ist demselben Maße unmöglich wie bei Korrealobligationen. Würde durch die Litiskontestation die obl. civilis derart konsumiert, daß auch keine nat. obl. mehr übrigbliebe, so müßte der servus durch Anstrengung der actio de peculio gegen den dominus völlig frei werden. Er wird aber nicht befreit für den Teil seines nat. debitum, der durch die actio de peculio nicht gedeckt ist, sondern auch nicht für den gedeckten; er kann sein debitum noch irrevokabel zahlen und gültig Bürgen dafür stellen. Beides bezog sich dann auf das nat. debitum, das von der ursprünglichen Schuld nach Anstrengung der Klage gegen den Herrn für diesen und den Sklaven bestehen geblieben war[1]). In diesem Sinne sagt Papinian, die nat. obl. des servus sei nicht in litem deduziert, weil sie, wie sie vor der Litiskontestation bestand, nach derselben geblieben ist. Es ist nicht zu verkennen, daß dieser Ausdruck ungenau ist. Aber vielleicht hat der Jurist Zweifel[2]) über die Zulässigkeit der Verbürgung für die nat. obl. litis cont. gehegt, weil die actio gegen den fidejussor mit der in litem deduzierten de eadem re sei, und um diese Bedenken zu zerstreuen die Andeutung gemacht, „als ob die obl. des servus und die in judicium deducta nicht ein und dieselbe wäre, und diese Unterscheidung läßt sich hier, wo die obl. allein

[1]) Mag man immerhin annehmen, die Bürgschaft sollte nur für die nat. obl. des servus bestellt werden und nicht für die nat. obl. p. litis cont. des belangten dominus, so ist eben dieses debitum des servus doch bestehen geblieben, trotzdem die identische a. de peculio in litem deduziert worden ist.

[2]) Vergl. Bekker, Proz. Konsumt. Seite 287 f.

de peculio, nicht soweit sie den servus trifft, in judicium deduziert werden kann, allenfalls machen". [1])

Pfandbestellung für die nat. obl. p. litis cont. ist in den Quellen nicht erwähnt; es liegt aber kein Grund vor, weshalb wir sie nicht für zulässig und wirksam halten sollten. Der Umstand, der die Bürgschaftsleistung bedenklich erscheinen ließ, konnte nicht in Betracht kommen, denn niemals sind die actio hypothecaria und die eigentliche Schuldklage als actiones de eadem re aufgefaßt worden. Wissen wir einerseits, daß nach der litis contestatio eine nat. obl. übrigbleibt und andrerseits, daß ganz allgemein für jede nat. obl. ein Pfand hingegeben werden kann, so läßt sich diese Ansicht rechtfertigen, auch wenn die Quellen sie zufällig nicht speziell bestätigen.

---

§ 9.

Nat. obl. post litem tempore amissam.

Wir haben gesehen, daß aus der ursprünglichen Obligation, nachdem sie in litem deduziert worden ist, zweierlei geworden ist: eine zivile Prozeßobligation auf Kondemnation und eine nat. obl. als Rest der konsumierten obligatio. Diese beiden Gebilde können sich verschieden weiterentwickeln. Geht die Prozeßobligation unter, so kann die nat. obl. trotzdessen bei Bestand bleiben. Dies ist z. B. der Fall bei der Prozeßverjährung, der litis amissio tempore[2]). Wir wissen nicht sehr viel über dieses Institut, das im neueren römischen Recht verschwunden ist[3]), und das Wenige, was uns im Corpus juris überliefert ist, verdanken wir vielleicht nur dem Umstande, daß es auch auf andere im Justinianischen Rechte noch vorkommende Aufhebungsgründe

[1]) Schwanert Seite 428.
[2]) Gai Just. IV 104, 105.
[3]) Keller, Litiskontestation § 19 Seite 161.

der actio bezogen werden kann[1]). Sicher ist aber, daß die litis amissio tempore die nat. obl. p. litis cont. bestehen läßt.

l. 8 § 1 D. 46,8. Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satis dederit dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit, committi stipulationem: et, si procurator eandem pecuniam domino sine judice soverit, condicturum. sed cum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus dibitorem utiquia naturale debitum manet.

In der Uebernahme der defensio des procurator seitens des dominus soll zwecks Rechtfertigung der exceptio doli die ratihabitio der solutio des debitor liegen. Wenn der dominus die solutio ratihabieren soll, so muß ein solvierbares debitum noch vorhanden sein und zwar trotzdem der dominus-Gläubiger den Prozeß durch Verjährung verloren hat; ratihabitio und exceptio sind begründet, quia naturale debitum manet. Für den Einfluß der litis amissio tempore auf die obl. fidejussoria sind verschiedene Möglichkeiten zu berücksichtigen. Im Falle der Indemnitätsbürgschaft[2]) raubt sich der Gläubiger dadurch, daß er den Prozeß verjähren läßt, selbst der Möglichkeit, den Bürgen in Anspruch zu nehmen, denn dieser haftet überhaupt nur unter der Bedingung, daß sich der Gläubiger vergeblich um Befriedigung an den Schuldner wendet[3]). Der Gläubiger zerstört also sein Recht, indem er den Eintritt der Bedingung unmöglich macht. Eine fidejussio indemnitatis für eine nat. obl. ist überhaupt nicht denkbar; für ein Akzessorium einer nat. obl. eingegangen

[1]) Schwanert Seite 436.

[2]) Geib, Seite 18 ff. unterscheidet zwischen einer promissio und einer fidejussio indemnitatis; vergl. Windscheid, Pand. § 478 Anm. 1 Seite 1093; dagegen neuerdings gegen die Annahme einer fid. indemnitatis Lehy a. a. O. Seite 149 Anm. 3.

[3]) l. 116 D. 45,1.

bezieht sie sich rechtlich immer auf dieses, wenngleich faktisch auch jene stets davon profitiert. Wird die nat. obl. compensando im Prozeß geltend gemacht, so kann, soweit sie höher ist als Forderung des Klägers, dieser Ueberschuß niemals als unvollstreckbare Judikatsschuld gelten. Desgleichen wird der fidejussor frei, der nach der Litiskontestation für die Prozeßobligation eingetreten ist. Denn diese obl. ist eine bedingte - bedingt durch ein den Anspruch bestätigendes Judikat —, und der Eintritt dieser Bedingung ist durch die Prozeßverjährung unmöglich geworden, sodaß der Bürge regelmäßig frei wird. Ist er aber für die nat. obl. p. litis cont. eingetreten, so kann die litis amissio tempore keinen Einfluß auf seine Haftung haben. Denn der Bürge wird nicht befreit, wenn der Gläubiger seine Befriedigung vom Hauptschuldner lässig betreibt und durch eigene Sorglosigkeit verhindert, sofern nur die Hauptobligation noch in irgend einer Weise bestehen bleibt. Dies hat sich zwar im Justinianischen Recht durch Einführung der Novelle 4 geändert, aber für diese Zeit ist die Prozeßverjährung nicht mehr praktisch.

Auf die Haftung eines bestellten Pfandes ist die Prozeßverjährung ohne Einfluß.

l. 30 § 1 D. 9,2. Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur . . . . et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.

Will man das Bestehenbleiben einer nat. obl. nach der Prozeßverjährung oder die Fortdauer des Pfandes auf Grund einer solchen leugnen, so ist es unverständlich, weshalb Paulus die Frage aufwerfen sollte, ob der Gläubiger die actio legis

Aquiliae anstrengen könnte, dann wäre ja sein Pfandrecht an dem Sklaven erloschen gewesen und die später erfolgte Tötung für ihn gleichgültig. Dem ist aber nicht so; das Pfandrecht, das jetzt durch den Untergang der Pfandsache erloschen ist, wäre bestehen geblieben, wenn der Sklave nicht getötet worden wäre, und somit ist der Gläubiger vor allem dann erheblich geschädigt, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist, oder dem Gläubiger infolge litis tempore amissio keine actio mehr gegen den Schuldner zusteht. Die lex cit. spricht also deutlich für die Fortdauer des Pfandrechts nach der Prozeßverjährung auf Grund einer nat. obl. Die Frage, ob nach der litis t. a. noch ein Pfand bestellt werden könne, ist in den Quellen nicht beantwortet, gleichwohl aber zu bejahen und zwar aus denselben Gründen wie bei der nat. obl. litis contestationem.

§ 10.

Nat. obl. des verus debitor absolutus.

Endete der Prozeß mit der Kondemnation, so wurde die nach der Litiskontestation entstandene bedingte Prozeßobligation zur puren actio judicati. Die nat. obl. p. litis cont., die nur darum frei geworden war, weil die in judicium deduzierte ursprüngliche obligatio der unbedingten actio beraubt wurde, muß sich jetzt wieder mit der actio judicati, die nur formell von der ursprünglichen verschieden ist, verbinden. Freilich tut sie das nur insoweit als ihr materieller Inhalt sich mit dem der actio judicati deckt. Ist der Inhalt der beiden nicht gleich, sondern der der nat. obl. größer — der umgekehrte Fall ist nicht denkbar — so bleibt der Teil, um den die nat. obl. die actio judicati überragt, auch weiterhin als nat. obl. bestehen.[1] Von besonderem Einfluß auf bestehende Akzessionen ist die

[1] Fälle: bei Schwanert Seite 438.

Kondemnation nicht. Hatte sich der Bürge für die Prozeßobligation verpflichtet, so tritt durch das Judikat keine Befreiung ein. Daher ist auch nicht anzunehmen, daß durch das judicium die Prozeßobligation durch novatio verwandelt würde.[1] Ipso jure wird der Bürge auf keinen Fall frei, ope exceptionis, wenn er nur litis exercitationis acceptus ist; hat er sich aber für tota causa verpflichtet, so steht ihm eine exceptio nicht zu.[2] Wer sich für die nat. obl, p. litis cont. verbürgt hat, kann eine exceptio gegen das judicium allemal darum nicht haben, weil die condemnatio den materiellen Inhalt seiner obl. principalis nicht berührt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß sich die nat. obl. wieder — ganz oder teilweise — mit einer actio zur Judikatsobligation verbindet. Daß das Urteil auf die Haftung der Pfänder keinen Einfluß hat, bedarf keines besonderen Beweises.

Endete der Prozeß mit einer absolutio, so wurde damit die bedingte Prozeßobligation durch endgültigen Nichteintritt ihrer Bedingung aufgehoben, der naturale Bestandteil der ursprünglichen obligatio, der nach der Litiskontestation bestehen blieb, aber unberührt gelassen. So kommt es, daß den verus debitor auch nach einem freisprechenden Urteil noch eine naturale Verpflichtung zur Leistung trifft.[3]

l. 60 pr. D. 12,6. Julianus verum debitorem post litem constetatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. . . .

---

[1] Vergl. Bekker, Kons. Seite 304.

[2] l. 8 § 3 D. 46,1.

[3] Ueber Fälle, in denen es zu einer absolutio eines verus debitor kommen konnte, vergl. Schwanert Seite 440 ff., Dernburg, Pfandrecht Bd. II Seite 586 Anm. 25.

Bestätigt Julian hier unsere Behauptung ganz allgemein, so tut dies Paulus in l. 28 D. eod. für einen speziellen Fall Judex si male absolvit et absolutus sua sponte soverit, repetere non potest. Ist der verus debitor durch injuria das judex freigesprochen worden, so kann er, wenn er sua sponte — im Gegensatz zu condemnatione coactus — zahlt, nicht kondizieren [1]).

Betrachten wir den Einfluß der absolutio des verus debitor auf die akzessorischen Sicherheitsobligationen. Bestehende Pfänder werden mit ihr frei.

l. 13 D. 20,6. Si deferente creditore juravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset: nam et si a judice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

Man hat den Untergang des Pfandrechts nicht mit dem Bestand einer nat. obl. in Einklang zu bringen gewußt. Von Savigny [2]) behauptet — indem er sich auf l. 27 D. 20,1 stützt — das Pfandrecht behalte prinzipiell trotz Freisprechung von der Schuldfrage seine Wirksamkeit; nur stehe dem freigesprochenen Schuldner und seinen Sukzessoren die exceptio rei judicatae gegen die actio hypothecaria zu; jeder andere Besitzer könne sich nicht auf die exceptio berufen; der Vergleich mit dem fid passe und beziehe sich nur auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner. Mit Recht hat dagegen Bekker [3]) darauf aufmerksam gemacht, daß die actio hypothecaria und die crediti actio „wegen Verschiedenheit der causa petendi sowie der Objekte" nicht als Klagen de eadem re angesehen werden können, mithin die exceptio rei judicatae nicht auf Grund eines die Hauptschuld betreffenden Erkenntnisses gegeben werden könne. Und

[1]) Vergl. Fein, A. Z. Pra. Bd. 26 Seite 188—190.
[2]) von Savigny, System V § 250.
[3]) Bekker, a. a. O. Seite 288 ff.

außerdem seien die Worte ‚pignus liberatur' „ohne willkürliche Einschränkung" nicht anders als von völliger Befreiung des Pfandes zu verstehen. Schließlich weist er darauf hin, daß eine nat. obl. im einzelnen Falle nicht alle bei ihr überhaupt möglichen Betätigungen aufzuweisen brauche, während noch von der Pfordten aus dem Erlöschen des Pfandrechts auf die Nichtexistenz einer nat. obl. schloß [1]). Eine positive Erklärung, warum in diesem Falle die Betätigung der nat. obl. beschränkt sei, warum das Pfandrecht untergehe, gibt Bekker aber nicht. Ebenso sind die Ausführungen Schwanerts [2]) wenig überzeugend und ausreichend: „Die nat. obl. bestehe trotz der absolutio, sie könne aber für den cui debetur in keiner Weise einen Anspruch begründen, welcher mit dem Inhalt der absolutio auch in Bezug auf das debitum im Widerspruch stehe." Es hat aber doch die absolutio des verus debitor ein nat. debitum, mithin eine sonst für die Forthaftung des Pfandes für hinreichend erachtete Grundlage, zurückgelassen, und dennoch erlischt das Pfandrecht! Worin liegt der Widerspruch mit dem Inhalte der absolutio? Von Vangerow [3]) macht die Entscheidung keine Schwierigkeit, da er die Fortdauer einer nat. obl. nach der absolutio des verus debitor bestreitet. Die lex 60 D 12,6, welche die entgegengesetzte Ansicht ausspricht, handele von der Wirkung einer solutio, die der Schuldner nach der Litiskontestation aber vor dem Urteil macht; und wenn Paulus den Satz einschiebe ‚licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet', so wolle er damit lediglich sagen, daß der Schuldner, auch wenn er nachher vom Richter freigesprochen würde, dadurch nicht aufhöre, vor der Sentenz Naturalschuldner gewesen zu sein. Da die Zahlung vor der absolutio erfolgt sei, so habe für Paulus

[1]) A. Z. Pra. Bd. 24 Seite 112. Ebenso vor ihm Büchel a. a. O. Seite 112.

[2]) Schwanert Seite 444 ff.

[3]) von Vangerow, Pand. Bd. I § 173 Anm. 1.

gar keine Veranlassung vorgelegen, auszusprechen, welche Folgen die absolutio für die Zukunft habe. Die l. 28 D. 12,6 spreche von einer wissentlichen und freiwilligen Zahlung und lasse daher mittels der argumentum e contrario den Schluß zu, daß bei irrtümlicher Zahlung die cond. indebiti begründet gewesen sei. Diese Interpretation der beiden Stellen, vor allem der l. 60 cit., muß dem unbefangen Urteilenden äußerst gezwungen erscheinen.[1]) Besonders will von Vangerow die Fortdauer einer nat. obl. darum leugnen, weil sonst der Gläubiger den Richter mittelbar zwingen könnte, noch einmal über das materielle Recht oder Unrecht des Urteils Untersuchungen anzustellen; wenn er nämlich die nat. obl. kompensationsweise geltend mache, käme es von neuem zu einem Streit über die res judicata. Hierin liegt allerdings eine Schwierigkeit und wir wissen nicht, wie sich die römischen Juristen zu ihr verhalten haben. Selbst wenn man die compensatio bei der nat. obl. des verus debitor obsolutus für unzulässig hält[2]), bleiben die von von Vangerow geäußerten Bedenken bei Bestand, da es bei der Anstellung der cond. indebiti nach dem freisprechenden Erkenntnis immer noch einmal zu einem Streit über die res judicata kommen kann. Man bedenke aber folgenden Fall: Ein Hausſohn hat ein Darlehn contra S. C. M. aufgenommen; darauf ist er paterf. geworden; die nunmehr vom foenerator gegen ihn angestrengte Klage ist abgewiesen worden; nach seinem Tode hat sein Erbe das debitum irrtümlicherweise gezahlt und will nun kondizieren. Um zu beweisen, daß ein indebitum vorlag, beruft der Erbe sich auf die absolutio, während der foenerator einwendet, es sei eine nat. obl. bestehen geblieben. Mithin kann auch hier von neuem ein Streit über die res judicata vorkommen, und doch wird man deshalb die nat. obl. contra S. C. M. nicht leugnen wollen. Den Bedenken von

[1]) Vergl. von Savigny, Obl. § 11 Seite 82.

[2]) Schwanert Seite 449.

Vangerows gegenüber betont Dernburg[1]), daß unter den römischen Juristen selbst Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Rechtskraft des freisprechenden Urteils geherrscht zu haben scheinen. Die einen — Julian an der Spitze — legten ihm eine geringere Wirksamkeit bei und ließen den verus debitor, wenn er durch causa cadere, pluris petitio, injuria judicis losgesprochen war, natural forthaften. Dernburg meint, daß die Vertreter dieser Ansicht — er nennt nur Julian — sicherlich das Pfandrecht konsequenterweise hätten bestehen lassen müssen. Eine andere Anschauung unter den römischen Juristen hätte dem Freispruch die Kraft der völligen Aufhebung der Obligation zuerkannt, und von dieser Betrachtungsweise ausgehend habe Tryphoninus das Pfandrecht nach der absolutio, quamvis per injuriam absolutus sit debitor, für erloschen erklärt. Da sich im Corpus juris die Aeußerungen, die von verschiedenen Standpunkten ausgingen, nebeneinander fänden, so müsse die Entscheidung des Tryphoninus als „gesetzlich fixierte Derogation der Regel" angesehen werden. M. E. ist es aber nicht nötig, um die Entscheidung des Tryphoninus zu erklären, auf eine Kontroverse über die Wirkungen der Rechtskraft zurückzugehen. Der Jurist kann trotz seiner Entscheidung die Existenz einer nat. obl. des verus debitor anerkannt haben. Daß er sie zum mindesten gekannt und an sie gedacht habe, scheint der Satz nam . . . . liberatur zu beweisen. Es fragt sich nur, wie die Befreiung des Pfandes mit der Fortdauer der nat. obl. in Einklang zu bringen ist. Wie diejenigen Juristen, welche zweifelsohne die nat. obl. des verus debitor anerkannten, sich zu der angeschnittenen Frage stellten, läßt sich leider nicht mit Sicherheit sagen, da keine Aeußerungen von ihnen vorliegen. Zwar hat Marcellus für den Fall, daß der Gläubiger causa ceciderat, das Bestehen einer nat. obl. und auf Grund derselben die

[1]) Dernburg, Pfandrecht Bd. II Seite 585.

Forthaftung des Pfandes bezeugt.[1]) Aber es ist fraglich, ob diese Entscheidung auch auf die anderen Fälle, in denen es zu einer absolutio eines verus debitor kommen konnte, Anwendung finden darf; es fehlt an jedem Quellenzeugnis. Die Ausdehnung ist um so bedenklicher, als der Richter in dem erwähnten Falle das Nichtvorhandensein eines debitum nicht aussprechen konnte, und im Justinianischen Recht ein causa cadere durch Vergreifen in der actio oder durch pluspetitio nicht mehr möglich war. Höchstwahrscheinlich haben auch diese Juristen die Befreiung des Pfandes gutgeheißen, denn mit der Fortexistenz einer nat. obl. läßt sie sich sehr wohl vereinbaren; werden doch auch die vor der Litiskontestation bestellten Bürgen mit dieser von ihrer zivilen Haftung frei, trotzdem der Hauptschuldner natural gebunden bleibt. Man darf eben nicht vergessen, daß die nat. obl. im einzelnen Falle nicht sämtliche bei ihr überhaupt mögliche Funktionen auszuüben braucht. Der Widerspruch[2]) mit der l. 14 § 1 D. 20,1 fällt nicht allzuschwer ins Gewicht; warum sollte die dort aufgestellte Regel nicht ebensogut Ausnahmen zulassen wie so manche andere, zumal wenn es Ulpian ist, der sie aufstellt. Es herrschte der Grundsatz, daß das Judikat den Rechtszustand endgültig festsetzen sollte, daß res judicata pro veritate accipitur[3]). Daher konnte sich der Schuldner und seine Rechtsnachfolger stets auf ein freisprechendes Urteil berufen und eine wiederholte Geltendmachung des denegierten Anspruchs exzeptionsweise verhindern. Ebenso mußte

[1]) l. 27 D. 20,1.

[2]) Schwanert, Seite 417 Note 74 findet keinen Widerspruch, „denn durch die absolutio werde nicht sowohl eine obl. so aufgehoben, daß n. o. fortbesteht, sondern die Existenz einer obl. überhaupt geleugnet und es fragt sich dann, ob und wie weit trotz dieser rechtlichen Negation die causa solvendi sich betätigen könne". Allein tatsächlich wird doch der verus debitor von einer bestehenden obl. losgesprochen.

[3]) l. 207 D. 50,17.

der Bürge — falls er nicht schon durch die Litiskontestation freigeworden war — sich der exceptio rei judicatae bedienen können, da er nur idem schuldete, nur ebendieselbe Schuld, deren Nichtvorhandensein durch die absolutio festgestellt worden war. Ferner muß das Pfandrecht erlöschen, da es nur den Zweck hat, eine bestehende Forderung zu sichern, mithin jeglicher Grundlage entbehrt, falls die Forderung nicht besteht. Nun erklärt Julian, daß ein verus debitor seine Schuld auch nach einem fälschlichen Freispruch noch rechtswirksam zahlen könne und ihm dann die cond. ind. verschlossen sei. Trotz dieser Entscheidung, die offenbar der Billigkeit entspricht, soll aber die formelle und materielle Rechtskraft der absolutio dritten gegenüber nicht geschwächt werden. Wenn für den verus debitor eine nat. obl. übrig bleibt, so bleibt sie auch nur für ihn übrig; nur für ihn ist sie von rechtlicher Bedeutung. Nach wie vor schafft die absolutio allen andern gegenüber die definitive Wahrheit, welche die Rücksicht auf die auctoritas rei judicatae verlangt, Klingmüller hat daher wohl ganz recht, wenn er behauptet, die nat. obl. des verus debitor verdanke ihre Existenz einem Kompromiß; sie sei ihr nur unter der Bedingung gewährt worden, daß gewisse Grundsätze des Rechtssystems unverletzt bleiben müßten[1]). Aus diesen Erwägungen heraus erlischt das Pfandrecht und wird der Bürge von seiner Verpflichtung frei trotz der Fortexistenz einer nat. obl. Von Savigny[2]) will, wie er das Pfandrecht prinzipiell bestehen läßt, auch den Bürgen weiterhaften lassen. Er folgert das aus der allgemeinen Bestimmung der l. 60 D. 46,1 und aus dem Umstande, daß für die nat. obl. p. litis cont. Bürgschaft möglich ist. Der Bürge soll aber die exceptio rei judicatae haben für den Fall, daß er einen Regreßanspruch gegen den absolvierten Schuldner hätte, denn sonst würde der Freispruch dem letzteren nichts nützen.

[1]) Klingmüller, a. a. O. Seite 97.

[2]) von Savigny, Obl. I § 11 Seite 89.

Gestützt wird diese Behauptung auf die Analogie der Bestimmungen beim S. C. Mac, die zur Genüge daraus erhelle, daß in l. 7 § 1 D. 44,1 die exc. rei judicatae mit der exc. Sen. Cti. zusammengestellt sei. Daß diese letzte Folgerung aus l. 7 § 1 cit. nicht möglich ist, hat Schwanert[1] bereits dargetan, da mit der gleichen Berechtigung dasselbe für die exc. jusjurandi gefolgert werden könnte. Und außerdem sei in l. 21 § 4 D. 44,2 dem fidejussor die exc. rei judicatae ganz voraussetzungslos gegeben. Einen Widerspruch mit l. 60 D. 46,1 verneint Schwanert ebenso wie den zwischen l. 13 D. 20,6 und l. 14 § 1 D. 20,1[2]; wenn ein solcher Widerspruch zwar auch vorhanden ist, so darf das doch nicht zu hoch angeschlagen werden; es handelt sich eben hier um eine Ausnahme von jener allgemeinen Regel. Schwanert gibt dem Bürgen also allemal die exc. rei judicatae, will ihn aber als Naturalschuldner weiterhaften lassen. Einen Grund, der diese Annahme rechtfertigen könnte, gibt er nicht an, denn der Umstand, daß der Hauptschuldner naturalis debitor bleibt, kann doch nicht ohne weiteres Grund dazu sein, den fidejussor, der von seiner zivilen Haftung freigeworden ist, natural weiterhaften zu lassen; auf die Quellen läßt sich diese Behauptung nicht stützen. M. E. liegt kein Grund vor, sie zu verteidigen; müssen wir schon die nat obl. des verus debitor male absolutus als eine Ausnahme von den Regelsätzen des Rechts betrachten, so dürfen wir nicht willkürlich ohne zwingende Gründe weitere Ausnahmen aufstellen. von Savigny[3] und Schwanert[4] sind sich weiterhin beide darüber einig, daß Bürgschaft und Pfandbestellung nach der absolutio ohne jegliche Einschränkung vorgenommen werden könnte. Die exc. rei judicatae stehe dem Interzedenten nicht

[1] Schwanert, Seite 448.
[2] Vergl. oben Seite 90 Anm. 2.
[3] Obl. I § 11 Seite 89.
[4] Schwanert, Seite 450.

zu, weil er nur das nach der absolutio bestehen bleibende nat. debitum sichern wolle, mithin sich nicht auf die vor seiner Obligierung geschehene absolutio berufen könne. M. E. ist man auch hier zu weit gegangen. Ein durch absolutio negiertes debitum kann nur noch eine einzige in den Quellen bezeugte Funktion ausüben — vom verus debitor wirksam bezahlt werden. Dies ist die einzige Ausnahme, welche die veritas der Sentenz gestattet. Dieselbe ratio, die Pfand und Bürgen mit der absolutio frei werden läßt, verbietet auch eine weitere Interzession. Wir kämen sonst zu dem Resultat, daß mit der absolutio des verus debitor lediglich die actio denegiert würde, im übrigen aber das debitum sich uneingeschränkt rechtlich betätigen könnte, was allerdings mit der Ansicht der Römer über die Rechtskraft des Urteils nicht zu vereinbaren ist.

§ 11.

Nat. obl. infolge Anwendung des Edikts ‚Quod quisque juris'.

Man hat auf Grund der Aussagen der l. 19 pr. und l. 40 pr. D. 12,6 die Behauptung aufgestellt, es sei überall da die Existenz einer Naturalobligation anzunehmen, wo dem Gläubiger zur Strafe die an sich begründete actio nicht gegeben wird. In welchem Umfange aber diese Aussagen allgemeine Geltung beanspruchen können, scheint zweifelhaft. Richtigerweise erkennt man die nat. obl. nur dort an, wo sie ausdrücklich in den Quellen als solche bezeichnet ist. Dies ist außer beim mutuum contra S. C. Mac. der Fall bei der Anwendung des Edikts Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur[1]). Hatte sich „eine mit richterlicher

[1]) D. 2,2.

Gewalt versehene obrigkeitliche Person“ [1]) eine Rechtsbeugung zu Schulden kommen lassen, so sollte ihr mit dem gleichen Maß gemessen werden, d. h. das jus iniquum auch ihr gegenüber zur Anwendung kommen. Auf diese Weise konnte ein Gläubiger zur Strafe seine actio gegen den Schuldner verlieren, und zwar sowohl die schon in dem Momente, wo er in poenam Edicti inciderat begründete, als auch die erst später entstehende [2]). Die erste wurde ope exceptionis entkräftigt, der zweiten stand gleich vom Augenblicke ihrer Entstehung an eine exceptio perpetua gegenüber. Damit war er aber genug gestraft; freiwillige Zahlung seitens des Schuldners zu untersagen oder ihr Solutionscharakter abzusprechen fanden die römischen Juristen keine Veranlassung.

l. 3 § 7 D. 2,2. Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat: superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem [3]).

Wie vorsichtig aber schon in diesem Falle Ulpian den in l. 19 pr. D. 12,6 von Pomponius ganz allgemein aufgestellten Grundsatz unter Berufung auf Julian bestätigt: „Julian meint, es läge hier eine nat. obl. vor.“ Wir können daraus den Schluß ziehen, daß den römischen Juristen selbst seine unbeschränkte Geltung nicht einwandfrei erschienen ist. Es ist deshalb nicht statthaft bei ähnlichen Fällen die Existenz

[1]) von Savigny, Obl. I. Seite 99.

[2]) l. 3 § 6 D. 2,2.

[3]) Schwanert, Seite 473 will ein nat. obl. nur dann anerkennen, wenn auch das jus iniquum die actio unter Zurücklassung einer nat. obl. denegiert hatte. Allein dem ist nicht zuzustimmen; würde Ulpian gezögert haben, dies zu bestätigen, wo doch die ratio legis dahin ging, daß dem Delinquenten idem jus dici, quod aliis dixit, vel dici effecit (l. 1 pr. D. h. t.). Außerdem deutet der Jurist eine derartige Beschränkung nicht einmal an. Wir müssen vielmehr annehmen, daß überall, wo durch das Edikt die actio abgesprochen wurde, eine nat. obl. übrig blieb. Vergl. auch Klingmüller a. a. O. Seite 61 f.

einer nat. obl. anzunehmen, ohne sie aus den Quellen belegen zu können, und von weiteren Fällen reden dieselben nicht[1]). Von einer andern Funktion dieser nat. obl. als ihrer Zahlbarkeit insbesondere von einer Sicherung durch Pfand und Bürgschaft ist nichts erwähnt. Die ratio legis scheint zu verlangen, daß regreßberechtigten Bürgen und Pfandschuldnern, die vor der Aberkennung der actio interzediert hatten, eine Einrede gegeben wurde, weil sonst die Anwendung des Edikts für den Gläubiger und Schuldner durch Sicherung und Regreß bedeutungslos war. Bürgschaft und Pfandbestellung nach Anwendung des Edikts für unzulässig zu halten, liegt kein Grund vor; regelmäßig war die Haftung aber dann exzeptionsfrei, auch wenn ein Regreß möglich war.

[1]) Sintenis, Zivilrecht Bd. II § 82 Anm. 15; oben Seite 62 Anm. 2. Anders Unterholzner a. a. O. Bd. I Seite 511 Anm. c. Schwanert (Seite 473 ff.) will trotzdessen unter Berücksichtigung der ratio legis ähnlicher Bestimmungen wie des Edikts Qu. qu. juris weitere Fälle von nat. obl. annehmen.

Literatur.

Bekker, Die Prozessualische Consumtion 1853.
Brinz, Kritische Blätter Nr. 3 1853.
" Pandekten 2. Aufl. 1873.
Bruns, Das const. debiti Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. I Seite 28—130.
Büchel, Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen. Zivilrechtliche Erörterung II Bd. I, 1836.
Christiansen, Nat. obl. und cond. indebiti 1844
D' Avis, in Zeitschr. für Zivilrecht und Prozeß. Neue Folge Bd. 10 Seite 114.
Dernburg, Pandekten 6. Aufl. 1900.
" Pfandrecht 1860.
" Kompensation 2. Aufl. 1868.
Dietzel, Das S. C. Macedonianum 1856.
Dueckers, De S. C. Macedoniano Berl. Diss. 1866.
Erxleben, Conditio sine causa 1850.
Fein, A. Z. Pra. Bd. 26: Der mit Unrecht . . Seite 162—200 und 359—400.
Fitting, Korreal-Obligationen 1859.
Frenzel, Entstehung der nat. obl. 1897.
Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts 1894.
Girtanner, Die Bürgschaft nach gem. Zivilrechte 1850.
" Stipulation 1859.
Grabenwitz, Natur u. Sklave in Königsberger Festgabe für Schirmer 1900.
Hasenbalg, Bürgschaft des gem. Rechts 1870.
Hellmann, Naturalis obligatio ex pacto. Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 12 Seite 325—360.
Holtius, Die Lehre von der Nat. obl. im Röm. Recht 1845.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte 1901.
Keller, Litiskontestation und Urteil 1827.

Klingmüller, Die Lehre von den natürl. Verbindlichkeiten 1905.
Krückmann, A. Z. Pra. Bd. 85, Die natürliche Verbindlichkeit S. 234—274.
Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession 1856.
Levy, Sponsio, fidepromissio, fidejussio 1907.
Lotmar, in Krit. Vierteljahresschrift Bd. 26 Seite 220—277.
Mandry, Das gem. Familiengüterrecht 1871.
Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen 1835.
Mitteis, Ungiltigkeit in Iherings Jahrb. Bd. 28 Seite 85—165.
Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte 3. Aufl. 1836.
Von der Pfordten, Abhandlung 2, Seite 113 ff.
" " " A. Z. Pra. Bd. 24, Bleibt eine nat. obl. . . . ? Seite 108—153.
" " " De oblig. civilis in naturalem transitu. Lipsiae 1843.
Ryk, Schuldverhältnisse 1883.
von Savigny, Obligationrecht 1851.
" " System des heutigen Röm. Rechts 1840.
Schmid, Grundlehren der Cession 1863.
Schott, Ueber die akzessorische Natur des Pfandrechts, Jahrb. f. Dogm. Bd. 15 Seite 1—61.
Schwanert, Die Natural-Obligationen des röm. Rechts 1861.
Sintenis, Pfandrecht 1836.
" Zivilrecht 3. Aufl. 1868.
Unterholzner, Schuldverhältnisse 1840.
von Vangerow, Pandekten 7. Aufl. 1863.
Weber, Natürliche Verbindlichkeit 4. Aufl. 1805.
Windscheid, Aktio des röm. Zivilrechts 1856.
" Pandekten 9. Aufl. 1906.